HUGONIS DONELLI OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI

IURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

Tomus Decimus.

ET
COMMENTARIORUM
IN SELECTOS QUOSDAM TITULOS
DIGESTORUM
Volumen Primum.

Accedunt Castigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXVI.

Typis JOANNIS RICCOMINI.
CENSORUM PERMISSU.

SPICILEGIUM OBSERVATIONUM VITAM HUGONIS DONELLI, MAGNI QUONDAM IURISCONSULTI, ILLUSTRANTIUM AD ORATIONEM SCIPIONIS GENTILIS

In funere eius habitam accommodatum

AUCTORE

CAROLO SEBASTIANO FEIDLER,

IMPERIALIS IUDICII FORESTALIS ET MELLICIDARUM NORIMBERGENSIS ASSESSORE, ET CANCELLARIÆ REIPUBLICÆ NORICÆ SECRETARIO.

PRÆFATIO.

NEmo potest negare, incomparabilis & in elegantiori iurisprudentia versatissimi olim Iurisconsulti HUGONIS DONELLI præclara opera colligi & in unum corpus redigi iam dudum meruisse: Sed tamen plus quam centum & sexaginta annorum tempus elapsum est, quo nemo, qui de ea re, utilissima sane & multis exoptata, serio cogitaret, inventus est. Quare est, quod omnes in litteraria republica versantes, præsertim Ordo Iurisconsultorum, & sibi, & industrio, solertique viro D. Ioanni Riccomini Lucensi typographo, ac bibliopolæ percelebri gratulentur de hac incomparabili Donellianorum Operum editione, qua ille præstantissimorum virorum consilio usus & iurisprudentiæ sectatoribus plurimum commodi attulit, & arti, officinæque suæ non levem gloriam paravit, & Hugoni Donello perenne monumentum erexit. Simile Donello hac in re fatum est cum DESIDERIO ERASMO, Roterodamo, cui urbs Roterodamensis multo post mortem statuam posuit, quemque IOHANNES CLERICUS colligendis omnibus eius operibus & Lugduni Batavorum Anno 1703. decem Tomis edendis, insigniter honoravit. Hanc doctrinæ commendatio tenet prærogativam, ut post secula adhuc germinet, & quasi de novo ex cinere proveniat. Nemo fortasse maius gaudium, ob institutum hoc laudabile, quam ego habuit, cum scriptorum Donellianorum non solum æstimator sim singularis, sed & per viginti annorum spatium in colligendis elaborandisque vitæ curriculis clarorum Iurisconsultorum, qui in inclyta Universitate Altdorffina Norimbergensium docuerunt, (& inter quos DONELLUS unus ex tribus maximis ornamentis iure meritoque vocari potest) horis subsecivis sim occupatus. Optassem sane, ut de edendis Donelli operibus notitiam statim & ante accepissem, quam Tomus primus elegantissimæ editionis Lucensis lucem vidit; propterea quod nonnulla ad vitam eius, ibi descriptam, pertinentia, communicare cum cl. Editore mature potuissem: Sed cum factum infectum fieri nequeat, ideo in præsentiarum lectoribus a me proponuntur, quæ per multum tempus in variis eruditorum scriniis inveni. Felix quidem DONELLUS fuit, quod præstantissimum in funere oratorem, qui modo optari poterat, habuit. Clarissimus enim SCIPIO GENTILIS per plures annos Donello erat amicissimus & postea Collega, qui ex perpetua cum illo consuetudine omnes fortasse in vita eius vicissitudines compererat. Observavit etiam SCIPIO GENTILIS debitam erga DONELLUM amicitiam fidelissime post eius obitum. Magna quippe diligentia *Commentarios iuris civilis*, qui Donello in deliciis fuerant, edidit, & ferme plura in his præ-

stitit, quam quod tutor in amici sui liberis praestare potest. Omnia in parentatione dixit laude digna, quae ab amico & honesto viro praedicari possunt, & elogia Donello attributa, tanto maius habent pondus, eique honori sunt, quanto certius est, ex ore laudatissimi magnique viri illa profluxisse. Quemadmodum autem SCIPIO GENTILIS illa occasione plura ex animi quodam affectu, quem Donelli mors in eo excitaverat, peroravit, quam eo consilio, ut accuratissimam describeret biographiam; ita etiam nonnulla omisit, quae notatu digna sunt, & ab historiae litterariae cultoribus avide leguntur. Supplere illa studuit incomparabilis Dn. BUDERI diligentia, qui *diversorum Iurisconsultorum vitarum collectione optime meritus est*. Hincque iure, meritoque D. Riccomini orationem Scipionis Gentilis *Notis* D. Buderi illustratam Tomo primo praemittendam censuit. Quamvis autem Dn. BUDERUS laudabilem praestiterit diligentiam, attamen spicilegium non contemnendum restat, quod ex actis & documentis tum inclytae Universitatis Altdorffinae, tum illustris Reipublicae Norimbergensis (quae magnos omni tempore eruditos pluris aestimavit, & Donellum in illius & sui honorem amavit), omni cura collegi. Commodissimus quidem locus his annotationibus sub textu orationis SCIPIONIS GENTILIS fuisset, quia vero nunc praetermissa est occasio, separatim lectoribus nunc traduntur, Nihil amplius quod moneam, habeo, nisi quod in lectione mearum observationum oratio GENTILIS perpetuo adhibenda sit, quia illae sine hac collatione non semper perspicue apparent. Caeterum in votis habeo, ut operae meae vitam Donelli illustrantes cultoribus historiae litterariae, praesertim vero Iurisconsultis, qui Donellum mecum aestimant, gratae sint & acceptae.

Vale lector benevole & conatibus meis fave. Dabam Norimbergae, d. 16. Augusti Anno Christi 1765.

§. I.

Non quidem magni est momenti, ab his tamen, qui debita diligentia in foro litterario versantur, non negligendum, quod ab initio observandum esse existimamus, *orationem SCIPIONIS GENTILIS in funus Hugonis Donelli*. Statim, postquam habita fuit, typis traditam esse, & Anno 1591. Altdorffii in 4°. in dias luminis auras exiisse. Repetitam autem editionem ibidem 1641. in 4°. impressam habemus.

§. II.

Non minus utile quam iucundum porro erit rei litterariae & biographicae amatoribus, catalogum eorum hic subiungere, qui Donelli vitam non quidem omnes eodem studio & diligentia, attamen ea descripserunt intentione, ut merita huius praestantissimi ICti, pro suo fine, clariora redderent. Secundum ordinem vero temporis sequentem in modum se invicem excipiunt: 1) CASPARUS PAUMGARTNERUS in oratione, quae inscripta est: *anniversaria in honorem D. Hugonis Donelli. Altorphii*, 1592. 4°. 2) *ICONES, elogia ac vitae Professorum Lugdunensium apud Batavos, fol.* 34. 3) *GE. MATTHIAS KOENIG. in biblioth. vet. & nov. p.* 257. 4) *MAGN. DAN. OMEISIUS in glor. acad. Alt. p. 44. & 162.* 5) *PAUL. FREHERUS in theatro virorum eruditione clarorum p. 924.* 6) *PETR. BAYLIUS in dictionario*, sub voce: *Doneau*; 7) *NIC. HIERON. GUNDLINGII relatio de Hug. Donelli vita & scriptis*, in Bibliotheca nova P. XXIV. p. 279. & in eiusdem collectione parvorum opusculorum Germanicorum p. 253. 8) *Antoine Teissier dans éloges des hommes savans, tirez de l'histoire de M. de THOU, Tom. IV. p. 144.* 9.) *D. GE. FRID. DEINLINI annotationes ad vitam & scripta Hug. Donelli*, in Franconicis Actis eruditis & curiosis, P. XVII. *p. 394.* 10) *IOH. DAV. KOEHLERI monetales deliciae historicae Tom. VII. p. 385.* 11) NICERON *dans les memoires Tom. XXXIII. p.* 359. 12) *Les vies de plus celebres Iurisconsultes de toutes les Nations, tant anciens que modernes, par M. TAISAND, p. 170. seqq. &* 13) *GE. ANDR. MILLIUS in lexico Eruditorum Norimbergensium Tom. I. p. 283.*

§. III.

Quod & aliis praestantissimis viris iam saepe accidit, ut non defecerint subinde qui tempus nativitatis eorum diverso ab aliis modo annotantes, dubio quodam illud involverent, id & in DONELLO nostro factum est. Licet enim omnes, qui huius viri mentionem faciunt, in determinando nativitatis anno 1527. consentiant; unicus tamen C. PAUMGARTNERUS, in oratione antea citata, narrat, DONELLUM anno supra sesquimillesimum vigesimo tertio esse prognatum. Sed in hac anni constitutione tanto certius errorem commisit, quanto evidentius in monumento sepulchrali adhuc in templo Altdorffino extante, & cui tanquam publico documento maior fides est tribuenda, apparet, DONELLUM annos aetatis sexaginta quatuor complevisse, quae computatio anno natali 1527. & emortuali 1591. respondet.

§. IV.

Primum errorem, quem *Paumgartnerus* c. l. circa tempus nativitatis DONELLI commisit, excipit alter. Non enim vicesimo tertio nondum exacto aetatis suae anno DONELLUS lauream Doctoralem iure suo assumpsit sibi, uti PAUMGARTNERUS existimat, sed cum annum vigesimum quartum ageret, hoc factum esse, extra omnem dubitationem positum credimus.

§. V.

Quod SCIPIO GENTILIS narrat de fundamentis religionis, ut ille ait, iactis in animum DONELLI nostri adhuc adolescentuli a sorore: id secundum narrationem PAUMGARTNERII c. l. contigit anno aetatis eius duodecimo. Idem ille PAUMGARTNERUS & ERASMI scripta, praesertim eius *militem Christianum & colloquia*, cum DONELLO a Sorore communicata fuisse observavit. Et ne quid desit, quod ad DONELLI religionem spectat, addimus, illum a IO. HENR. BOCRISIO in *diss.* 1. *de doctis apostatis pag.* 18. in horum numerum referri, quia sic dictae Reformatae religionis partes sequutus est.

§. 6.

§. 6.

Non extra dubitationem eſt, quod GENTILIS in citata oratione affirmat, BARONEM ICtum, (qui a. 1550. mortuus eſſe dicitur), DONELLI collegam fuiſſe. In utramque partem de hac re diſputavit GUNDLINGIUS *in vita Donelli* §. *V.* add. *Acta Franconica P. XVII. p. 399. ſeqq.* ſed nihil certi ab utroque auctore definitur. Illis interim ICtis, quos GENTILIS DONELLO collegas dedit, PAUMGARTNERUS c. l. ANTONIUM CONTIUM, CONANUM, & FRANCISCUM BALDUINUM; & *Acta Franc.* c. l. *p.* 401. IOHANNEM MERCERIUM, reliquorum ſocietate nomina non indigna, addunt.

§. VII.

DONELLUM Biturigibus expulſum, Aureliæ quoque docuiſſe iura, perhibet quidem *Programma funebre* ſub Rectoratu EDONIS HULDERICI, Altdorffii, ſcriptum, & veteri editioni Opuſculorum poſtumorum Donelli inſertum p. 481. Sed hæc traditio caret probatione. Nec GENTILIS, cuius diligentiam hanc memorabilem vitæ Donellianæ viciſſitudinem effugiſſe vix credendum eſt, nec reliqui etiam Auctores huius rei mentionem faciunt. Hoc autem certum, eum ad tempus, ex Biturigibus, ad Sacrocæſareum (Sancerre) ſecuritatis cauſſa, profectum eſſe, quod PAUMGARTNERUS *in Anniv.* memorat. Vide & notam BUDERI 10. p. 6. editionis huius Tomo I.

§. VIII.

Stationem Heidelbergenſem DONELLO non diſplicuiſſe, documento eſt tempus ſex annorum cum dimidio, per quod ibi Profeſſoris munus tenuit, teſte PAUMGARTNERO c. l.

§. IX.

Conferri merentur ad notam 16. cl. BUDERI p. 9. ſupra Tomo I. huius editionis, ea, quæ PETR. BURMANNUS habet *in ſylloge epiſtolarum a viris illuſtribus ſcriptarum Tomo I. p.* 45 in nota ad epiſtolam I. LIPSII ad THEOD. LECUWIUM.

§. X.

Lectoribus non iniucundum fore ſpero, & ea ſcire, quæ famigeratiſſimus ille IUST. LIPSIUS de abitu DONELLI ſenſerit, & amicis ſuis expoſuerit. Anno 1583 P. EGMONDO, EVERARDO POLLIONI & PAULO BUSIO, Donellum abitum ſuum parare, nuntiavit, in cit. BURMANNI *ſylloge Tom. I. p.* 57 119. 124. Anno 1584. ad ANDR. DUDITHIUM, in LIPSII *Cent. III. miſc. epiſt. p. m.* 107. ſequentia ſcribit. *Donellus Iuriſc. amice te reſalutat, quem Norici abſtrahere conati a nobis ad Altorfianam Academiam, fruſtra. Manet enim manſuruſque eſt, quamdiu hæc ſchola.* Anno 1585. IANO DOUSÆ in BURMANNI *ſylloge T. I.* p. 218. hæc narrat: *De abitu Donelli ſcripſeram nuper, mentitus ſum, reſcribo, manet manſuruſque eſt. Ita ligant hominem pallentia illa vincula. Tres menſes iam inſumpti in miſſione petenda, in convaſando, in navi conducenda, tamen manet. Qui poteſt? inquies, & quæ hæ tricæ? tu extrica; nam nos omnes hæremus: niſi quod artes illæ ibant ad alteram trecentorum adiectiunculam, ſi magiſtratui ita viſum fuiſſet. At illi Batavæ hic nimis avre.* Tandem anno 1587. in LIPSII *cit. Cent. III. p. m* 149. his verbis ad PAUL. MELISSUM, Donelli abitum congemuit: *Iuſtitia minatur: cuius (hoc quidem loco) præſes, abit & deſerit Donellus, non ſponte: miſſus enim eſt a Scholarchis, cauſſis quas non dicam.*

§. XI.

Pluribus conatibus per plures annos opus fuit, ad Donellum ex oris Batavis in academiam Altdorffinam evocandum. Iam enim ab anno 1582. mutuum commercium epiſtolicum inter Norimbergenſes Dominos Scholarchas, Vice-Cancellarium Senatumque Academicum Altdorffinum, & Hugonem Donellum vocationis cauſſa incepiſſe, Manuſcripta originalia hic loci bene aſſervata nos docuerunt. Præcipue primæ vocationis literæ notabiles ſunt, nomine Dominorum Scholarcharum Norimbergenſium Donello miſſæ: *S. D. Clariſſime & Eximie Vir. Non dubitamus T. Præſtant. ex aliis audiviſſe, de inſtitutione & incremento Academiæ Altdorfianæ, quæ ſane, quemadmodum non exiguis ſumptibus inchoata, & hactenus ſuſtentata eſt: ita ab ampliſſimo Senatu Reipub. noſtræ, nobis demandatum eſt, ut ea, quantum fieri poteſt, omnibus neceſſariis rebus inſtructa, conſervetur & ornetur. Cum autem inter præcipua ornamenta, viri eximia doctrina & eruditione præditi, merito numerandi ſint, inter quos, propter celebritatem nominis tui, te recte honoris cauſa nominamus, nihil gratius nobis accidere poſſet, quam ut tua præſentia hanc noſtram Academiam ornare & celebriorem efficere poſſet. Hoc ideo ſcribimus, quoniam nobis indicatum eſt ab hominibus fide dignis, tuam Præſtantiam in loco illo, quo nunc degit, propter aëris conſtitutionem, ſuæ valetudini non ſatis commodam, neutiquam diutius commorari conſtituiſſe, ſed in Germania ſuperiore & interiore, ſibi de conditione aliqua commoda & fixa ſede, circumſpicere. Cæterum, cum non ita pridem de voluntate & eximia benevolentia tua erga noſtram Academiam, ex literis & relatu amicorum, egregia indicia cognoverimus, omittere non potuimus, quin vice verſa & noſtrum animum T. P. declararemus, ſi videlicet T. P. Academia noſtra arrideret, tibi in illa locum honeſtum & conditionem tuæ eruditionis eximiæ non inconvenientem, paratam eſſe. Quare T. P. rem gratiſſimam nobis fecerit, ſi cum hoc noſtro peculiari tabellario nobis reſcripſerit, quid expectandum nobis a te ſit. Etſi enim neminem potiorem præter T. P. hoc tempore, propter celebritatem nominis, & peculiarem dexteritatem explicandi nodoſa volumina Iuris, expetimus: tamen, ſi fortaſſe T. P. vel iſthic detineretur, vel ad nos venire aliis de cauſis impediretur, danda nobis opera eſſet, ut locus, qui nunc vacat, non inanis relinqueretur.*

Hæc T. P. cui nostra studia & officia deferimus, præ cæteris, significanda duximus.

Vale.

Datæ Noribergæ die XXIX. Mensis Septembris. Anno Christi 1582.

Tui nominis & dignitatis amantes

Hieronymus Paumgartners.
Bartholomæus Poemers.
Antonius Geuders.

Senatorii Ordinis Noriberg. & Academiæ Altorfianæ Scholarchæ.

Responsio autem DONELLI ad has sequens est: *Clarissimi Nobilissimique Senatores, Domini observandi, Multum debeo honorificis de me iudiciis vestris: multum singulari benevolentiæ, qua me absentem tam procul prosecuti estis. Sic enim me accipere oportet benevolam & liberalem invitationem literarum vestrarum cum summa testificatione egregiæ voluntatis coniunctam, qua vobis visum est dignum me habere præ cæteris, quem ad locum professionis iuris in Academia vestra vacuum amantissime & cum spe liberalis conditionis invitaretis. Agnosco beneficium. Non enim ignoro, quantum sit talibus & tam præstantibus viris placuisse: ne illud quidem, quantum sit istum locum a nobilissima & præstantissima totius Germaniæ civitate, id est Norimberga, esse mihi delatum. Detulit enim illa, cum vos quibus datum est, illius nomine detulistis. Itaque vellem, esset in me aliquid, quo possem mutuum animum testari, & in eo quod a me expeti video, sanctos conatus vestros & studia in Remp. opera mea adiuvare; quibus propositum est Academiam a vobis feliciter & salubriter institutam non solum tueri & augere; sed etiam quam optimis rebus omnibus excultam & florentem tradere posteris. Et erit fortasse, cum det Deus, ut studium quoque nostrum in partem huius operæ conferamus. Sed quisquis eventus futurus est, quando id Deus novit, si re desiderium vestrum subsequi non licebit, certe ab animo illud possum polliceri me amantis istius animi & beneficii in me vestri nunquam immemorem futurum. Quod ad petitionem vestram attinet, quando de conditionibus oblati muneris nihil scribitis, facile animadverti, quod & literæ vestræ apertius alia parte significant, id solum voluisse vos de mea voluntate cognoscere, num forte animus esset invitato mutare hunc locum, & de voluntate conditionis sequendæ spem aliquam facere: ut si negarem, prospiceretis aliunde loco vacuo: si annuerem, vos posterius de conditionis ratione cogitaretis. Vellem hic fuisset in literis E. V. certius aliquid, ex quo & ipse potuissem consilium certius ad respondendum capere. Nunc omnem recte deliberandi occasionem illa incertitudo adimit. Scribam tamen in ea incertitudine quantum licet, & quantum puto ad sententiam animi vestri pertinere. Si de mea voluntate quæritur, est quod apud E. V. vere profitear, nihil mihi optatius contingere posse, quam si quid possim facere, quod vobis, & toti Germaniæ sit gratum, Ego enim in Germania, per quot annos ibi vixi, a Germania ita sum acceptus, non solum ut illi vixerim non ingratus hospes, sed etiam quæcunque officia humanitatis & benevolentiæ esse solent, ea publice privatimque ubi occasio tulit, sim expertus. Hæc animo meo Dei beneficio non exciderunt, neque porro illo dante committam unquam ingratitudine, ut illa excidisse iure cuiquam videri possint. Quamobrem ita animo sum affectus, ut cupiam si quid in me studii est, atque officii, illi rependere. Si tamen honestis conditionibus, & quales ipsa agnoscat, liceat id facere. Hæc enim Prud. V. facile occurrunt, longum esse iter ad vos. Mutationes tam longinquas nisi magna de caussa, & consulto consilio susceptas nulli prudenti probari solere, præsertim ea ætate, ad quam perveni, Sed tum maxime ridiculas videri, ubi ex honesto loco, commodo, & amante ad ignotum repente fit mutatio. Nam ut de hoc loco, in quo nunc sum, & fui usque adhuc dum vixi in his regionibus, vere vobis scribere liceat; vereor, ne amici illi, quorum literæ vestræ meminerunt, cum vobis retulerunt me constitutione huius aeris offendi, & propter valetudinem non constituisse diutius in hoc loco commorari; vereor, inquam, ne affinitate nominum lapsi cum de Danæo hæc audirent, quæ & vera erant, de Donello, idest, de homine amico, & item Gallo, ac pene populari, dici existimarint. Ego quidem nusquam habui melius, nec tota familia mea. Conditio ita est, ut nulli honestior quacunque dignitate sit, deferatur. Hospes ita habeor, ut cives ipsi possint invidere: verumtamen & illis non modo gratus, sed etiam expetitus. Sed tamen quidquid hic est, potest ex esse voluntas amplissimæ & munificentissimæ urbis, & ex ea voluntate eæ conditiones vestræ, ut his susceptis facile vitari possit macula temerariæ mutationis, & migrationis molestia eo pacto leniri. Quod si acciderit, ego E. V. non tantum paratus sum obsequi, sed etiam ultro & ex animo iam nunc operam ac studium ad eam rem defero. Res cum sit iuris & arbitrii vestri erit prudentiæ vestræ existimare, quid de conditione tota vobis videatur, sive quod ad stipendii aliquam dignitatem, sive quod ad habitationem, sive quod ad viaticum pertinebit. Quod dum facitis, literas vestras exspectabo. Aut si his nostris lectis iam nunc alia mens E. V. futura est, quam ut in eadem vocatione maneatis; nihilominus manebo is ego erga Excellentias V. quem me esse ante sum testatus, qui se scilicet E. V. de honore sibi habito, & propensa benevolentia vestra erga se plurimum debere profiteatur, polliceaturque se vicissim perpetuo animi cultu atque observantia clarissimi nominis vestri memoriam libenter usurpaturum.*

Valete, Viri Clarissimi.

Lugduni Batavorum XIX. Oct. CIↃ IↃ LXXXII.

Excellentiis & dignitatibus vestris.

deditissimus
Hugo Donellus.

Cum autem DONELLI vocatio ad curatorum Academiæ Leidensis & Principis Auriaci aures venisset; hic Princeps litteras ad Dominos Scholarchas, Vice-Cancellarium & Senatum Academiæ Altdorffinæ scribi iussit, quas cum lectore benevolo ex autographo communicamus:

S. P.

Quod clarissimum virum D. Hugonem Donellum ad professionem Iuris civilis in academia Aldorphiana vocaveritis, id nobis minus mirum visum est, Viri amplissimi, quod eximia eius doctri-

na

na celebri omnium sermone & fama nobis perspecta fuit, Eoque nomine vobis gratulamur, quod labescentibus literarum & doctrinarum studiis, vestra diligentia subvenire conamini, uti non tantum in instituenda, sed etiam exornanda academia vestra omnibus notum perspectumque fecistis. Hoc vestrum tam iustum desiderium non tantum non impedire, sed etiam promovere ea in re conati fuissemus, nisi tanti viri absentia, ea ipsa studia quibus tantopere; idque iure favetis, tantam apud nos iacturam factura essent, quantam nostra industria vix longo post tempore resarcire possemus. Nam cum in mediis hisce bellorum æstibus, quibus solent fere ut leges, sic studia silere, tantum tamen nobis Dominus concesserit beneficium, ut tacentibus omnibus Belgicis academiis novam ereximus, erectamque ad hunc usque diem foverimus, eam sartam & tectam ut conservemus, nihil a nobis, quod in nostra potestate erit, prætermittetur. Verum quam in academiis retineat partem iuris Cæsarei studium, quia vobis satis est cognitum, iudicare potestis quidnam de nostra vix adulta academia futurum sit, si is qui solus sua auctoritate & doctrina quodammodo hæc studia rexit, a statione illa discedat, quam ad hunc usque diem tam laudabiliter tutatus est. Hæ causæ, Viri amplissimi, nos moverunt, cum in Hollandiam nuper venissemus, intellexissemusque per ipsum doctorem Donellum, quid vos ipsi, quid ipse vobis scripsisset, multorumque virorum bonorum & prudentum iudicio moniti insuper fuissemus, quantum eius absentia cladis esset illatura rebus nostris, atque adeo omnibus istis regionibus, quæ unicam habent hanc academiam, ad quam confluere bonarum literarum studiosi queant, ut huic vestro, ipsiusque Donelli desiderio subscribere non potuerimus: præsertim cum id ipsum quoque Ordinibus huius provinciæ ita sit visum. Hoc vero putavimus pro vestra summa prudentia vos non tantum in bonam esse accepturos partem, sed etiam pro vestra æquitate & erga literas studio esse comprobaturos. Non etenim quæ vestra est in iudicando æquitas, unquam sentietis, propter spem futuri alicuius boni, præsens, idque grande malum damnumque academiæ iam institutæ & inprimis Donelli nostri auspiciis auctæ, inferendum esse. Nostrum vero hac in re iudicium & consilium hoc in negotio vobis censuimus esse significandum quamprimum, ne diutius in Donellum intenti, alium paris doctrinæ & dignitatis virum asciscere negligatis. Nam ut nobis qui iam veluti in possessionem venimus, plus in Donellum competit iuris: sic vobis in summa quiete & otio versantibus, & omni rerum copia abundantibus, facilius erit alium ad vos evocare, quam nobis, qui in mediis bellorum tumultibus, interque strepitus & tubarum clangores, nostram utcunque dignitatem tuemur, literarumque studia pro nostra tenuitate non illiberaliter sustinemus. Eam sane de V. A. opinionem concepimus, ut certo nobis sit persuasum hoc nostrum concilium in optimam partem vos esse interpretaturos. Sicubi autem opera nostra nostrumque studium vobis esse possit usui, animum erga vos nostrum semper fore propensissimum vobis, idque certo persuadete.

Valete viri amplissimi.

Datæ Hagbæ Batavorum die 22. mensis Decembris Anno M. D. LXXXIII.

Vestræ Ampl.

amicissimus

Guilhelmus a Nassau

O felicia tempora! in quibus Principes viris studiis deditis tantum statuerunt pretium, illos tam honesto loco & tam charos habuerunt, ut illos dimittere malum damnumque esse duxerint. Responsionem Dominorum Scholarcharum, quæ desiderium illorum DONELLUM in academia Altdorffina habendi non minus, quam reverentiam erga Principem declarat, ut ea quæ SCIP. GENTILIS de hac re narrat, ex ipsis publicis documentis confirmentur, apponendam existimavimus, & huius tenoris est: *Illustrissime Princeps, & generose Domine; literas Illustriss. celsitudinis tuæ, quibus ea nobis benignissime causas & excusationes exponit, quæ clarissimum Iurisconsultum D. Hugonem Donellum in Academia sua Lugdunensi Batavorum detinent, quo minus ad nos, sicut bona in spe fuimus, hoc tempore pervenire possit, ea qua reverentia decet, submisso studio accepimus. Etsi autem nobis gratissimum accidisset, si D. Donellum (quem nostrum fore putavimus) in Academia nostra Altorphiana, tanquam singulare atque eximium ornamentum & decus habere & conspicere potuissemus: tamen nostrum propositum nunquam fuit, eum obstrictum, ne dum invitum cum damno & iactura Academiæ Celsitudinis tuæ, quæ sicut ex literis Rectoris & Senatus Academiæ cognovimus, tanti viri præsentiam unice desiderat, & eo hoc tempore carere commode non potest, isti abstrahere, illamque hoc ornamento & præsidio veluti spoliare, & contra voluntatem celsitudinis tuæ & aliorum, qui modo plus iuris in eum habent, nobis eum vendicare, idque satis testantur literæ nostræ ad illum missæ. Quemadmodum enim hac in parte graviter ferremus, si nobis tale aliquid contingeret: ita quod nobis fieri nolumus, nos authores esse non decet, ut aliis itidem eveniat. Certo autem affirmare possumus, nos iampridem ex literis, & relatu amicorum cognovisse, D. Donellum multis de causis constituisse sponte alio, & propemodum in meditullium germaniæ migrare, eiusque operam non uno in loco requiri, quod nos movit, ut mature, ne ab aliis præveniremur, ipsius voluntatem certius exploraverimus, quam cum non alienam a nobis cognovissemus, de conditione Altorphiana liberius ad eum scripsimus, & de illa convenimus; quod sane a nobis intermissum fuisset, si tam voluntatem Celsitudinis T. quam ipsius impedimenta, & amicorum eius desiderium antea exploratum habuissemus. Quare Illustriss. Princeps ut nos excusatos habeat Celsitudo tua, & quicquid hac in re a nobis factum est in benigniorem partem interpretari velit, obnixe rogamus. Quod facilius futurum confidimus, cum tam Celsitudinis tuæ vota & voluntas, quam nostra (licet exigua ea sit, & cum Celsitud. T. benignissimo favore & authoritate comparari nequeat) hac in parte par sit, & ad eandem metam tendat, ut videlicet, studia bonarum literarum, inprimis Iurisprudentiæ studium, contra ingruentem barbariem propagetur, & defendatur. Ideoque sicut benignissimum studium Celsitudinis T. in retinendo D. Donello laudamus potius, quam vituperamus: Ita desiderium nostrum in eo carendo æquiori animo toleramus, imo ipsi gratulamur, quod tantum patronum, qui turbatis rebus & propemodum in medio ardore belli, eius dignitatem & nominis celebritatem, non negligendam, sed potius tuendam susceperit, consecutus sit. Liberum igitur quo ad nos erit ei, sub patrocinio Celsitudinis T. non obstante policitatione nobis facta,*

cta, manere, quamdiu illi commodum erit, sed veniam nobis dabit Celsitudo T. ut deinceps quoque si denuo is in germaniam nostram remeare cogitaret, potiores partes in eo nobis sumamus, neque plane iuri nostro, quod in illum nobis competere cœpit, cedamus. Cæterum ne prolixiores simus, optamus sane, ut istbic & alibi, cessantibus tandem diris bellis, tumultibus & intestinis odiis sopitis, pacis & tranquillitatis aureæ studium denuo redeat, ut bonæ artes & disciplinæ pacatis rebus sub patrocinio & tutela Principum Virorum, magis ac magis florere & crescere possint. Illustrissima Celsitudo T. bene & feliciter valeat, nosque benignitate sua eximia complecti pergat. Cui nostra obsequia & studia submissæ voluntatis offerimus. Norimbergæ, prid. Cal. Aprilis, M. D. LXXXIV.

Illustriss. Celsitud. Tuæ

Studiosissimi

Scholarchæ, Vice-Cancellarius

& Senatus Academiæ Altorphinæ.

Non defuerunt quoque viri docti, ante & post quam hæc acta fuerunt, qui adventum DONELLI in academia Altdorffina optarunt. Cuius rei docendæ caussa dabimus verba, quæ ex scripturis originalibus desumpsimus, ubi D. EDO HILDERICUS ad Dn. HIERON. PAUMGARTNERUM d. d. Altorfii 13. Iul. 1583. scribit: *In litteris, Domino doctori Giphanio scriptis Doctor Donellus non obscuram nobis spem facit, se brevi nostrum fore: non ita magni momenti ea esse, in quibus adhuc nescio quam declarationem ab optimo Senatu vestro expectet. Sed inclytus Senatus pro sua prudentia facilem se erga hunc virum, ut eum brevi habeamus, procul dubio præbebit. Deo adiuvante florentem habebimus scholam Iuridicam, si & ipse huc veneris. Iudico tibi maximam deberi gratiam, quod in amplissimo, & prudentissimo Senatu vestro rem eo curasti perduci, ut tantus vir legitime huc sit vocatus. Quæ restant, Deus quoque fortunabit. Si tuæ amplitudini non displicet, ut meæ literæ Doctori Donello inscriptæ, ad eum mittantur: peto ut id fiat, nisi tabellarii commoditus iam sit neglecta. Tantum hoc in meis literis ago, ut intelligat se ad homines sui amantissimos venire, si veniat.* Et PAUL. MELISSUS ex Heidelberga eidem PAUMGARTNERO Cal. Oct. 1587. *De Hugonis Donelli missione tibi per Molitorem significavi; Vestrum erit, occasionem eius nanciscendi non negligere. In tempore vos certiores feci: atque ex nundinis Francofort. ad illum litteras commode mittere potuistis.* Venit tandem diu optatus desideratusque DONELLUS Altdorffium, lætus hoc nunciat HUBERTUS GIPHANIUS in litteris ad IOH. LOBBETIUM d. Altorphii, 13. Iunii 1588. datis, raro exemplo novum collegam laudibus novis tunc temporis mactans, his verbis: *Venit huc tandem D. Donellus venerandus senex, vegeto tamen & animo & corpore sic satis. Leidenses auctore quodam Iohanne Dusa, & eum secuto Iusto Lipsio contumeliose tantum virum dimiserunt. Fere eadem eius, quæ optimi senis fortuna, Dusam novi capitalem hominem, cuius fere mancipium est Lipsius. Is Dusa gravi de crimine Ultraiecti per sex menses in carcere fuit, capitis periculo tandem precibus quorundam liberatus, ac Leidam reversus in optimum ac doctiss. Senem sævire cœpit, Lipsio, ut olim nostrum Bensbero, eum deserente, sed callide ac dissimulanter. Hic est ille Dusa in quem ridicule aliquot elogia Heidelbergenses proximo mercatu ediderunt. Noster nunc est Donellus quem illi extruserunt & ᵈᵉᵗᵉᶜᵗᵘ eiecerunt. Eum Senatores Norici multi summa benevolentia complectuntur. Spero fore, ut eius celebritate nominis ac doctrina nostra hæc Schola egregie brevi celebretur.* Quæ litterarum verba legi possunt in *Monumentis pietatis & litterariis virorum in republica & literaria illustrium* (Francofurti ad Mœnum, 1702. in 4°.) *P. II. p.* 151.

§. XII.

Commentarios suos in Codicem illustri Senatui Norico DONELLUS non prius inscripsit, quam institutum suum GIPHANIO aperuisset. Approbavit illud GIPHANIUS testantibus litteris ad DONELLUM d. 3. Jun. anno 1587. missis, apud MARGU. GUDIUM *in epistolis p. m.* 350. *in iis tuum consilium probabam, quod ceperas de commentariis quibusdam tuis Senatui Norico inscribendis.* Tandem impetrata GIPHANII approbatione mittit DONELLUS Dn. HIERON. PAUMGARTNERO sequentem ex originali desumptam epistolam: *S. P. D. Emisi bis mensibus commentarios quosdam meos in lucem, quos visum est pro meritis & singulari benevolentia amplissimi Senatus vestri erga me inscribere vobis, qui Reip. præestis: in quibus tu principem locum tenes, eamque ego pro tempore occasionem nactus conatus sum pro vetere notitia & amicitia nostra in limine ipso virtuti isti & præstantiæ tuæ testimonium, quod potui, reddere; quod tibi a vetere amico profectum non ingratum fore confido. Quia autem commentarii iis ad quos veniunt, offerendi erant, & neminem habeo Noribergæ, per quem facile aut honeste curare possim, peto a te, V. E. pro eo ac me faciendum putas, ut mihi hanc operam commodes, quo per te ad amplis. Senatum commentarii commendatiores veniant, in quo te pro dignitate & auctoritate tua plurimum posse scio. Et permagni mea refert eos ita accipi. Scio enim, quantum tibi privatim, quantum in commune iudiciis omnium vestris amplissimorum virorum debeam in ea vocatione, quam superiores anni viderunt, quo nomine me omnibus vobis, tibi præcipue multis modis obstrictum esse agnosco. Huic benevolentiæ si non respondeo accepta aliqua gratiarum actione, verendum mihi est, ne si non superbi, certe parum grati hominis factum esse videatur. Quare rursum abs te etiam atque etiam peto, ut commentarios humanitate tua non indignos iudices, favore tuo iuves. Ad ea merita, quæ a te antecesserunt, hoc etiam adieceris dignum virtute & constantia tua; & magis ac magis eum tibi devinxeris, qui se cupit quamplurimum tibi debere.*

Vale, vir Amplissime.

Lugduni Batavorum 15. *Feb.* 1587.
Excellen. T.

addictissimus

Hugo Donellus.

Qua

Qua occasione Dn. HIERONYMUS PAUMGARTNERUS illustris Senatus nomine Cal. Sept. anni eiusdem litteras responsorias laudibus plenas DONELLO scripsit, simulque donum pecuniarium pro dedicatione misit. Verba litterarum vero, & quidem ex Manuscripto, ita sonant: *Quod ad commentarios tuos attinet Senatui nostro dedicatos & illi a me tuo nomine oblatos, iussus sum pro tam insigni dono, & praeclara tua in hanc Rempubl. voluntate ingentes tibi illius nomine agere gratias, ac ut vicissim illius in te extet voluntas atque gratitudinis testimonium, mittuntur ad te sexaginta aurei Rhenani, quos ut boni aequique consulas etiam atque etiam peto.*

§. XIII.

Iam supra §. 3. observavimus, DONELLI nativitatis annum diversimode notari; non mirum ergo est, si & aetatis anni varie constituuntur, PAUMGARTNERUS eundem errorem cum CUIACIO committit, DONELLUM anno aetatis 63. mortuum fuisse, falso indicans. Alii ut CASP. CUNRADUS *in prosopographia melica, Millen. II. p.* 55. & THEOD. EBERTUS *in Eulogiis ICtorum p.* 44. dicunt, DONELLUM sexaginta septem annos vixisse, sed sine probationis fundamento. Extra omnem dubitationem diem & annum, quo animam efflavit, ponit Epistola D. EDONIS HILDERICI, qua tristem hunc casum Dominis Scholarchis ita nuntiat: *S. D. Amplissimi, & prudentissimi Domini Scholarchae, amici, & patroni omni observantia colendi, talis est vitae humanae conditio, ut non semper laeta, & optata narrando, & scribendo nostris amicis afferre possimus. Quare amanter a vestra amplitudine peto, ut ea mihi ignoscat, si officii ratione id vobis significare cogat, quod non minore vos dolore afficiet, quam nos affecit, qui hic sumus praesentes. Hodie paulo ante horam duodecimam, placida morte ex hac aerumnosa vita ad caelestem vitam evocatus est clarissimus vir Dominus Doctor Hugo Donellus, lumen Academiae nostrae, & ingens decus omnium totius Europae Iurisconsultorum, qui proculdubio triste sui desiderium omnibus Iuris studiosis, ubicunque illi sunt, propter hanc ex vita subitam emigrationem relinquet. Sciunt enim illi, hunc talem & tantum virum, si diutius superstes fuisset, plura in lucem editurum fuisse, quae omnibus Iuris studiosis plurimum profuisset. Sed haec nunc praetermitto. Nunc tantum vestrae amplitudini significare volui tempus obitus huius tanti viri, ut hanc Academiam vestro consilio adiuvare dignemini, quod tempus, quique locus sit tribuendus sepulturae eius, & quae praeterea in honorem defuncti fieri velitis. Dominus Deus vos omnes & Reipublicae vestrae, & huic Academiae, & omnibus piis in hisce periculosis temporibus quam diutissime incolumes conservet.*

Valete,

Altorphii die 4. Maii, Anno Christi 1591.

Vestrae amplitudini

addictus

Edo Hildericus D.

& pro tempore Academiae Rector.

Meritis laudibus non minus mortuum, quam vivum, DONELLUM cohonestavit HILDERICUS, ut honestum virum decet. Aliter plane GIPHANIUS pro sua inconstantia & animi levitate. Quem vivum omni honore & laude prosecutus fuerat, hunc mortuum iniuriis plane indignis affecit. Observavit haec excellentissimus quondam Dn. D. GE. FRID. DEINLEIN, Professor publicus & Facultatis Iuridicae Altorfinae Senior gravissimus, *in Act. Franc. P. XVII. p.* 412. ubi GIPHANII iudicium proletarium ex manuscripto cum lectoribus communicat, quod & hic repetere volumus: *De Donello miror Scipionem nostrum ei tantum tribuere apud suos plane abiecto. Quis enim vel Cuiacius, vel Hotomannus, vel Brissonius, vel Balunus, vel Faber, vel Pithoeus eius vel verbo meminit? Et nisi me parerga Scipionis fallunt, abhorret ipse ab* [illegible] *illa, nulla nec artis nec ingenii lumine distincta. Et hic tamen, qui Philosophiae nullam partem gustarat, iuris artem nobis tradere est conatus. Scilicet quam voluit Cicero, Crassus, Pompeius & ipse Caesar. Sed, inter nos. Est ne id olim conatus Crassus & Pompeius? Cicero quidem de Iure Civili in artem redigendo librum olim edidit, & Caesar, teste Suetonio, non artem, sed brevitatem quandam cogitarat. Sed de Crasso nihil tale legi, nisi si quod Cicero, ut in dialogis assolet, fingit sibi, affingit ei, id est, sibi ipsi hoc consilium. Crassus enim est ipse Cicero. De Pompeio non satis memini, tu subiicies, & ego tibi hoc reponam, quod aptius sit in Donellum elogium ex Cicerone in Curionem. Neminem ex his quidem, qui aliquo in munere fuerunt, cognovi in omni genere honestarum artium tam indoctum, tam rudem; nullum ille poetam noverat, nullum legerat Oratorem, nullam memoriam antiquitatis collegerat, non publicum ius, privatum & civile vulg. more & modo cognoverat. Cicero in Bruto p.*

Hubertus Giphanius

A. 1596.

Caeterum DONELLUS noster quadraginta annos iura docuit, quod tempus LAMBERTUS LUDOLPHUS PITHOPAEUS his composuit versibus:

Sic ius ter denos docui, & bis quinque per annos,
Et fuit hic vitae cursus & ordo meae.

§. XIV.

Quam charus DONELLUS noster magnis fuerit viris, exemplo PHIL. CAMERARII illustrare volumus. Luget ille mortem DONELLI in *horis subcisivis Cent.* 3. *c.* 63. *p. m.* 236. sequentibus: *Eo autem magis animus meus quasi stupet, & a dicendo hoc tempore deterretur, quo dolor recreatior, atque desiderium meum vehementius est. In conspectu enim est locus, in quo magnus ille Donellus noster, ornamentum & columen huius Academiae non ita pridem sedit, & me qualiacunque fuerunt quae proferebam, dicentem, attente, & sicut ipse solitus fuit dicere, magna cum voluptate, audivit. Video, inquam, non sine ingenti perturbatione, eum ipsum locum, ob recentem illius decessum, desolatum, &, veluti summum decus, amissum, requirentem: Quod sane luctum meum & vulnus animi interiecto unius & alterius mensis spacio, aliquo modo obductum, magnopere renovat, & quasi refricat. Quis enim tam stupidus est, qui non hac subita mutatione, de imbecillitate & vicissitudine rerum nostrarum admoneatur, planeque intel-*

telligat, nihil esse incertius rebus humanis, nihil quod tam facile dilabatur, ac fluat? & cum venti nostri valde secundi; fortunæque prosperæ videntur, tunc maxime imminere novis atrocem tempestatem, instare aliquod magnum malum, vicinamque esse fragilitatem, & labefactionem ipsarum? Utinam huius, minore cum Academiæ nostræ iactura, & damno, documentum aliud haberemus! Utinam remedium idoneum & sufficiens reperiri posset, quo vulnus hoc Academiæ, obitu summi viri, illatum, sanare concederetur. Et si autem mei propositi hoc tempore non est, laudes tanti viri decantare, & eius memoriæ veluti parentare: non possum tamen tacere, quod vere prædicare possum, quodque cognitum pluribus esse scio: Quemadmodum Donelli nostri præsentia huic actui annis superioribus, honori, & ornamento magno erat: ita nunc absentiam eius, omnibus bonis, gravissimam & luctuosissimam esse. Et SCIPIO GENTILIS orationi in obitum eius habitæ sequentes versus adiecit:

Ipse Donellus obiit, decurso lumine vitæ,
Qui genus humanum ingenio superavit, & omnes
Præstrinxit stellas, exortus uti æthereus Sol.

Pietatem eius autem PAUMGARTNERUS laudat hisce verbis: *Iam quia linguam nostram Germanicam minus intelligebat: Saturni semper diebus, modo invaletudine non impediretur, D. Pastorem M. Georgium Sigelium Theologum exercitatissimum, Evangelium Dominicale μεθόδῳ ἀναλυτικῇ explicantem sedulus audiebat, suoque conabatur exemplo Iuventutem ad amorem & venerationem Sacri condocefacere ministerii.* Conferatur etiam IOH. PHIL. SCHMIDII *Schediasma: Iuristengute Christen*, §. 41. *p.* 46. *seq.* De reliquo hanc sibi laudem propriam fecit, quod antiquitates Romanas cum solida scientia legum naturalium & civilium coniunxit; singularem quidem methodum, difficilem tamen & amoenam eleganti stylo proposuit; & quemcumque locum, ubi docuit, spectabilem fecit. Præterea commemoratione dignissimum sane est, memoria eum præ cæteris adeo excelluisse, ut totum iuris corpus a capite ad calcem verbotenus recitare valuerit (vid. BUDERI notam 19. supra Tomo I. p. 10. allegatam); quæ cum aliis, quæ de eo narrari hic possent, in iam adductis Auctoribus latius leguntur. Quod & linguarum Orientalium fautor singularis fuerit, & IANUS DRUSIUS illi alphabetum suum Hebraicum dedicaverit, ex THEOD. EBERTI *eulogiis Iurisconsultorum p.* 43. discitur. Denique præter monumentum in templo Altdorffino memoriæ Donellianæ positum, etiam numisma argenteum in eius honorem, cusum est, in cuius parte una caput DONELLI repræsentatur, in altera vero symbolum eius ex epistola Pauli ad Romanos Cap. XIV. v. 8. legitur: *sive vivimus sive morimur, Domini sumus; Domino vivendum & moriendum.* Conf. quoque THEOD. CRUSII *symbolotheca docta p.* 177. & *Museum Mazzuchellianum, seu numismata Virorum doctrina præstantium, quæ apud Io. Mariam Comitem Mazzuchellum Brixiæ servantur: a Petro Antonio de Comitibus Gaetanis, Brixiano Presbytero & Patricio Romano, edita atque illustrata; accedit versio Italica studio Equitis Cosimi Mei elaborata* (Venetiis, 1761. fol.) Tom. I. tabula 95. n. 7. p. 423. seq.

§. XV.

Catalogum scriptorum huius præstantissimi Iurisconsulti, quem Cl. Buderus Vitæ Donellianæ adiecerat, in hac editione video consulto omissum propterea, quod ipsa editio universa Donelli Opera exhibeat. Ego vero, quo quæque tempore in publicam lucem prodierint, indicabo.

Tractatus de usuris, fructibus & mora prodiit Parisiis, 1556. 4°. (*a*)

a) Hi tres tractatus (quos MAIANSIUS *in epistolis. p.* 253. perquam doctos & elegantes nominat) reperiuntur etiam in infra allegatis Operibus prioribus Donelli. GUNDLINGIUS *in collect. parv. opusc. germ. p.* 305. forsitan erravit, quum annum 1555. adduxit; sed NICERON *dans les memoires pour servir à l'histoire des hommes illustres dans la republique des lettres T.* XXXIII. *p.* 364. nobiscum annum 1556. posuit, qui etiam dedicationi ad MICH. HOSPITALEM (in Operibus prioribus) respondet. BUDERUS *c. l. p.* 123. allegat præter Parisiensem editionem, aliam Francofurti 1589. in 4°. impressam.

Tractatus de pignoribus atque ædilitio edicto editus est anno 1558. (*b*)

b) Inter opera priora hi duo tractatus locum occupant quartum & quintum. Extant quoque in *corpore selectorum tractatuum de pignoribus & hypothecis*, Francof. 1586. fol edito, p. 193-221. In *bibliotheca Bodleiana* duæ aliæ adducuntur editiones, scilicet Coloniæ, 1569. in fol. & Venetiis 1584. In alia collectione etiam Tractatus de pignoribus legitur, qui rubro prodiit sequenti: A. NEGUSANTIUS, F. BALDUINUS & H. DONELLUS *de pignoribus & hypothecis, acc. P. VANDERANUS de privileg. creditor.* Lugd. 1562. 8°. BUDERUS c. l. p. 122. eundem tractatum de Pignoribus & hypothecis, Francofurti apud Petrum Fischerum & Nicolaum Roth, 1589. in 4°. editum, memorat. Extat etiam in *Tractatu universi iuris* Tomo VI. P. I. n. 207.

Ad legem Iustiniani de sententiis, quæ pro eo quod interest, proferuntur: sive de eo quod interest, liber excusus est Lutetiæ, 1561. 4°., Recus. Francofurti, 1574. 8°., Heidelbergæ, 1574. 8°., Neostadii, 1580. 8°., Altorphii, 1589. 8°., item excudebat Gabriel Carterius, 1596. 8°., & Lugduni Batavorum, 1630. 8°. Occurrit etiam in Commentariis ad Codicis Iustinianei partes.

Ad titulum Digestorum, de rebus dubiis, commentarius. Biturigibus, 1571. 8°. Recus. Antuerpiæ, 1584. 8°.

Comentarii ad titulos Codicis de pactis, & de transactionibus. Biturigibus, 1572. 8°. Recus. Parisiis, 1573. 8°.; item cum FRANC. HOTOMANNI disputatione de pactis. Coloniæ Agrippinæ, 1574. 8°. Auctiores & emendatiores lucem viderunt in Commentariis ad Codicis Iustinianei partes.

Commentarius ad titulum π. de præscriptis verbis, & in factum actionibus. Heidelbergæ, 1572. 8°. Recus. ibid. 1574. 8°. & 1580. 8°. Legitur hic commentarius quoque in Commentariis ad Codicis Iustinianei partes.

Assentior autem iis, qui libellum editum anno 1573. 8°. sine loco sub hoc titulo: *Zacheria*

Fur-

Furnesteri defensio pro iusto, & innocenti tot millium animarum sanguine in Gallia effuso, adversus Ioannis Monlucii defensionem laniena Parisiensis anni 1572. Et recusum anno 1579. 8°. Donelli nostri partum esse existimant (*c*). At D. Riccomini literis ad me datis negavit, se libellum hunc in suam Donellianorum Operum editionem admissurum, quod & Auctor, quisquis ille fuerit, qui fictitium nomen adscripsit, partum hunc spurium, & incerto patre natum haberi voluerit: & aliæ sibi iustæ, caussæ sint abstinendi a Furnesterio illo.

c) Hanc ille Legatus (MONLUCIUS) pro obtinendo in HENRICI VALESII gratiam Poloniæ regno, in regni limite constitutus ad Archiepiscopos, Episcopos, Palatinos misit. Quam MONLUCII *apologiam* strictim refert IACOBUS AUGUSTUS THUANUS *Lib. LIII. p.* 841. *Lit. F. Edit. Genev.* 1626. *ad an.* 1572. & *p.* 842. *Lit. E.* subiungit: *contra eam defensionem biennio post contraria defensio edita est admodum virulenta a Gallo quodam in Germaniam profugo, Zacbariæ Furnesteri nomine, quæ cum Monlucii nomen & pudorem admodum sugillaret, anno post Lugduni publicatur adversus illum Furnesterii libellum, pro Ioanne Monlucio Episcopo & Comite Valentino Diensi, Præscriptio elegantissime scripta a Iacobo Cuiacio Iurisconsultorum huius ætatis Principe, nomine tamen suppresso.* Nescivit summus Vir DONELLUM sub larva FURNESTERII latitare; scivit tamen qui summariâ Editioni Genevensi a. 1626. adiecit LINGELSHEMIUS, ideoque iisdem inseruit, erravit tamen in eo, dum IACOBUM CUIACIUM primum in hac caussa scripsisse dicit. Pseudonymum autem hunc primus ni fallor detexit IOANNES DECKHERRUS *de scriptis a despotis pag.* 263. *Edit. Amstelod.* in eo tamen errans, dum scribit hanc defensionem contra MICHAELEM SEUREUM Equitem Hierosolymitanum, qui lanienam hanc coram Ordinibus Regni Poloniæ, defenderit, fuisse directam. Adde VINCENTIUM PLACCIUM *de Pseudonymis p.* 296. *n.* 1122. Indicat laboriosissimus vir IACOBUS LONGUS *bibliotheque historique de France libro III. p.* 404. *n.* 7833. MONLUCII & DONELLI *contrarias Defensiones* hoc titulo prodiisse: *Ioannis Montlucii Episcopi Valentini, Defensio pro illustrissimo Andium Duce, adversus calumnias quorundam. Alia, adversus huius ipsius Defensionis Calumnias, Zacbariæ* FURNESTERI *Defensio pro innocente tot millium animarum sanguine in Gallia effuso; in octavo* 1573. qui inde diversas de hac Laniena scriptiones curate recenset. BUDER *c. l. p.* 129. Add. GUNDLING *c. l. p.* 309. & HOMMELIUS *in litteratura iuris p.* 316. qui FURNESTERII scriptum, inter libros sine parente refert; item ADRIEN BAILLET *dans les jugemens de savans. Tome V. Partie II. Chap. V. p.* 46. *seq.* ibique allegata opera CUIACII Tom. VIII. col. 1260.

Commentarii ad titulum Digestorum de verborum obligationibus. Heidelbergæ, 1577. 8°. Recus. Francofurti, 1577. fol. & ibid. 1599. fol. (*d*)

d) Editio de Anno 1599. absolvit portionem Commentariorum ad Codicis Iustinianei partes.

Commentarius ad titulum Institutionum de actionibus. Antuerpiæ, 1581. 8°. Recus. Lugduni Batavorum, 1584. 8°. Antuerpiæ, 1584. 8°. item excudebat Gabriel Carterius, 1596. 8°. & Lugduni Batavorum, 1630. 8°.

Commentaria ad tit. * de rebus creditis seu mutuo, de iureiurando, de in litem iurando, de condictione ex lege, de condictione triticiaria, de eo quod certo loco dare oportet. Antuerpiæ, 1582. fol. & recus. Francofurti. 1626. fol.

Commentarii ad Codicis Iustinianei partes quasdam, ad amplissimos D. D. Consules Senatumque Noribergensem. Lugduni Batavorum, 1587. fol. (*e*) Qui post mortem DONELLI sub hoc rubro denuo prodiere: Commentarii absolutissimi ad II. III. IV. VI. & VIII. libros Codicis Iustinianei, & Lib. Dig. XLV. de Verb. Obligat. maxima fere ex parte posthumi, a IACOBO SCHEGKIO publicati. Francofurti, 1599. fol. & 1620. fol.

e) Vide supra §. 12.

De evictionibus. Francofurti, 1589. 4°.

Opera priora, edita iam olim, nunc recens recognita & repurgata ab auctore, nec paucis accessionibus & auctiora, & meliora facta. Opera hæc sunt, quæ sequuntur: de usuris, de fructibus, de mora, de pignoribus, de ædilicio edicto, de evictionibus & duplæ stipulatione, de probationibus, de fide instrumentorum, de testibus. Francofurti ad Mœnum, 1589. 4°.

Commentarii de iure civili, ad amplissimos & nobilissimos Dominos Coss. Senatumque inclytæ urbis Norribergæ. Francofurti, 1589. & 1590. fol. (*f*) Recusi sub titulo sequenti: Commentariorum de iure civili libri viginti octo, in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatum continetur. SCIP. GENTILIS posteriores libros supplevit, expolivit. Quinque partes, Tomi tres. Francofurti, 1596. fol.; Hanoviæ, 1612. fol. & Francof. 1626. fol. (*g*)

f) Minima hæc est pars commentariorum in hac prima editione; comprehendit tantummodo libros undecim priores, quibus in sequenti editione SCIP. GENTILIS reliquos ex schedis DONELLI usque ad librum vigesimum octavum adiecit.

g) Oeconomiam atque historiam huius operis vide in BUDERI nota 22. supra Tomo I. p. 10. seq.; recensionem vero in GE. BEYERI *notit. aut. iurid. spec. II. p.* 110. & in *continuatione II.* quam edidit CAR. FERD. HOMMELIUS *p.* 229. Addatur eiusdem HOMMELII *litteratura iuris p.* 206. & 213. *MAIANSIUS c. l. p.* 253. de his commentariis ita iudicat: *Donelli commentarii sunt egregie docti, perspicui, elegantes; sed præ nimia prolixitate molesti.* OSU. HILLIGERUS ex hoc prolixitatis fundamento postea hos commentarios enucleavit, quorum Tomus primus Ienæ 1611. & secundus 1613. in 4°. prodierunt & de quo labore allegatus MAIANSIUS *p.* 271. tali modo sentit: *liberat Hilliger lectorem a molestia legendi elegantissimos quidem, sed perquam prolixos Donelli commentarios de iure civili. Nucleus stilus est ferreus & subobscurus. Notata eruditissima & selectæ Bibliothecæ vicem præstare possunt.*

funt. Sed Hilligeri lectio lectorem postulat eligere scientem. Quod tandem ad methodum commentariorum Donellianorum attinet, ex citati HOMMELII *litteratura iuris p.* 224. & POLYC. AUG. LEISCHING schediasmate discitur, *de novo Corpore iuris faciendo, vana doctorum hominum consilia*, §. XV. *p.* 27. *seq.*

Theses de actionibus. *Respondente: Ioh. Remb. Functio*, Patricio Lindaviensi. Altorphii, 1590. 4°.

Theses de probationibus. *Resp. M. Casp. Scobero*, Ienensi. Alt. 1590. 4°.

Theses de pignoribus & hypothecis. *Resp. Nic. Regensdorff*, Bremano. Alt. 1591. 4°.

De accessionibus. Francofurti, 1579. 4°.

Commentariorum sive recitationum ad librum quartum Codicis Iustinianei paralipomena, e bibliotheca IEREM. REUSNERI nunc demum publicata. Cum praefatione NIC. REUSNERI. Francofurti, 1600. fol. & ibid. 1602. fol.

Opuscula postuma, & aliorum quaedam. Ex bibliotheca SCIP. GENTILIS. Hanoviae, 1604. 8°. (*b*)

b) Maxime rara erant ante novam hanc Donellianorum Operum editionem haec opuscula, & MAIANSIO c. l. p. 253. sunt *libellus aureus*. Contenta autem sunt sequentia: Commentarii ad libri VI. Cod. Tit. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV. XVI. XVII. XVIII. XIX. XX. XXXVIII. a p. 1. usque 169.; Commentarius ad L. Gallus D. de liber. & postum. p. 131., Litterae ad ALBERICUM GENTILEM p. 215., Consilium Academiae Altorpinae nomine scriptum, de iure pascendi p. 222.; Aliud consilium ad amplis. Noribergensem Senatum perscriptum p. 262., Epistolae duae ad MICHAELEM HOSPITALIUM p. 266. & 270; Literae ad MARTINUM IARRIUM I. C. p. 276.; Commentarius ad Tit. 34. Libri III. Cod. de servitutibus & aqua p. 287.; Commentar. ad Tit. 36. Libri eiusdem, familiae erciscundae de iudiciis divisoriis p. 324.; Methodicus tractatus in Tit. 35. libri III. Cod. ad leg. Aquiliam p. 413. Adiecta his sunt aliorum quaedam: Epistola ALB. GENTILIS ad HUG. DONELLUM p. 210, Literae MICH. HOSPITALII ad HUG. DONELLUM p. 268., Binae literae iuris civilis Doctorum apud Bituriges ad Illustr. quendam Principem p. 278.; & 281. Epistola PETR. FABRI ad HUG. DONELLUM p. 285., Oratio IAC. CUIACII in promotione GEORGII HELOANDRI SPIKERMANI Orientalis Frisii habita p. 433.; Oratio FRANC. DUARENI habita in cooptatione Dn. HUG. DONELLI p. 437. Oratio SCIP. GENTILIS habita in funere HUG. DONELLI p. 446., Epicedia & epitaphia in obitum DONELLI variorum p. 462. In hac nova Operum Donelli editione, quam debemus Domino Riccomini, *Opuscula postuma* non fuere sub hoc titulo coniunctim edita: sed optimo consilio ita disposita sunt: ut propria cuique sedes tribueretur.

Orat. de recta iuris docendi ratione deque antecessorum delectu Tolos. 1615. 8°.

Epistola de iure accrescendi ad ALBERICUM GENTILEM IC. Lugd. Bat. 1640. 16°.

Commentarius ad titulum ❧ de diversis regulis iuris antiqui. Antverpiae, fine anno. 8°.

Duo Responsa, quorum prius, de testamento ab extraneo seu forensi, secundum privilegium speciale civitatis, in qua in rbo correptus fuit, ordinato coram duobus testibus, qui vocantur, *die Genante*, iam in *Opusculis postumis p.* 262. exhibetur; cum posteriore de iuribus seu servitutibus quibusdam, & earum quasi possessione, deque instrumento falsi non recte insinuato. & de requisitis praescriptionis maxime in rebus incorporalibusque leguntur in LEUCHTII *consiliis Rittershusianis p.* 276. *&* 328.

EPISTOLAE

Quas scripsit DONELLUS, in manus nostras venerunt sequentes.

1) Ad NIC. CISNERUM. in CISNERI *opusculis p.* 948. Add. BUDERI nota 12. supra Tomo I. p. 7.

2) Ad ALB. GENTILEM, qua iuris quaestio: an verbis coniunctis re coniuncto praeteratur? pertractatur; ap. DONELLUM *in opusc. post. p.* 215.

3) Ad MICH. HOSPITALEM; DONELLUS *c. l. p.* 266. & aliae ad eundem, *ibid. p.* 270. ap. GUNDLINGIUM *c. l. p.* 279. & supra Tomo I. p. 16. 17.

4) Ad MART. IARRIUM; DONELLUS *c. l. p.* 276. & supra Tomo I. p. 19.

5) Ad I. LIPSIUM; in PETR. BURMANNI *sylloge epistolarum a viris illustribus scriptarum Tom. I. p.* 304.

6) Ad CASP. PAUMGARTNERUM; vid. CASP. PAUMGARTNERI *orat. in Donellum*, in calce.

7) Ad Dn. HIERON. PAUMGARTNERUM, duae in Manuscripto.

8) Ad Dominos Scholarchas Norimbergenses, quarum plures in Manuscripto hic loci asservantur.

AB ALIIS.

Ad DONELLUM scriptae epistolae autem innotuerunt nobis.

1) NIC. CISNERI, in CISNERI *opusc. p.* 948. & in BUDERI nota 12. supra Tomo I. p. 7.

2) PETR. FABRI, ap. DONELLUM *c. l. p.* 285. & supra Tomo I. p. 20.

3) ALB. GENTILIS epistola, in qua consulit Donellum de verbis coniunctis conf. DONELLUS *c. l. p.* 210. & GUDIUS *p.* 335. duae aliae ad Donellum ap. GUDIUM *p.* 337.

4) HUB. GIPHANII, conf. GUDIUS *p.* 350. 351.

5) MICH. HOSPITALIS; conf. DONELLUS *c. l. p.* 268. GUNDLING *c. l. p.* 277. & supra Tomo I. p. 17.

6) CASP. PAUMGARTNERI; conf. citatam in Donellum orationem in calce.

7) HIERON. PAUMGARTNERI, Calend. Sept. 1587. epistolam Manuscriptam possidemus.

8) Dominorum Scholarcharum Norimb. litterae Manuscriptae aliquot etiam reperiuntur.

EPISTOLA

EPISTOLA DEDICATORIA
QUAM
HUGO DONELLUS
COMMENTARIIS

In Titulos D. de rebus creditis & quinque alios proxime consequentes præmisit.

ILLUSTRISSIMO ET MAXIMO PRINCIPI
GUILLELMO, PRINCIPI
AURAICO, COMITI NASSOVIO, &c.

HUGO DONELLUS S.

INTER immortalia tot tantaque merita tua in patriam, Illustrissime Princeps, quæ spectat, & servat hæc ætas, loquetur sine livore, & mirabitur postera: difficile est silere eos, quos eadem illa patria, & in hac ipsa commune præsidium, & communis salus complexa est. Mirum enim, si quis hic incurrentia in oculos non videt: turpe, si ad quem pertinent, & videt, non agnoscit. Me quidem, ad quem illa aliquando pervenerunt, iuvat aliter & sentire, & affectum esse profiteri. Iam pridem enim me & res ipsa, & locus, & tempus docuerunt illustriora omnia esse, quam ut non sentiri; maiora, quam ut sine rubore dissimulari possint, cumque omnibus in rebus ingratitudo per se turpis; tum vero in summis & publicis beneficiis fœdissima est. Et fuit diu tempus, cum ab his locis procul remotis nobis celebratæ illius administrationis fama & laus ad nos perveniret. Ubi memini omnes cum magnos Principes, tum prudentes in Republica viros, quos quidem studium partium non teneret; si qui sentirent benignius, eos de ea administratione summa omnia dicere: si qui autem tribuerent minimum, tamen huic duarum maximarum rerum laudem tribuisse, summæ sapientiæ, & moderationis: ex quibus illa salus patriæ, & commoda quæ ferebantur, extitissent. Et ego, qui illa audiebam, feci iam tum, quod privatis etiam, iisque remotissimis & alie-

& alienissimis solet accidere, virtutem absentem nimirum colui tacitus, & cum bene precantibus vota coniunxi. Quis est enim, qui præstanti atque illustri virtute, ac præsertim magnorum Principum non commoveatur? quis est, qui non faveat animis, & magnis ac salutaribus ausis non optet felices & iucundos successus? Sed tamen audiebamus illa tantum, & si quid in illo mari tranquillitatis esset aut fluctuum, procul e terra spectabamus. Postquam autem me Deus transtulit in hæc loca vocantibus iis, quorum ea potestas erat, & benevola inductione animi tui vel præeunte, vel vocationem prolixissime confirmante: necesse fuit in his versantem, non dico, in illa inquirere, sed vellem nollem, ea videre, quæ nisi qui oculos avertunt, non vident. Quæ si illi qui spectant procul, tamen agnoscunt & prædicant; quid iis faciendum est, qui in re ipsa salvi & libentes communis salutis iucundos decerpunt fructus; a quibus non virtus sola assensum, sed publicorum bonorum participatio gratitudinem exposcit? Difficile est igitur omnino hic silere eos, quos illa occuparunt. Et o felicem patriam, cui Deus oculos & mentem dedit, illa ut videret, & recte æstimaret. Sapientes, non patriæ amantes tantum amplissimos Ordines, qui non agnoscunt solum & probant, sed etiam grati certant mutuis animis, atque omni genere officiorum auctorem prosequi student: parati si per æquitatem animi & sapientiam tuam liceat, summa omnia ad unum deferre. Quod si pro communibus & salutaribus meritis quemquam gratum animum gerere decet; sentio, Illustrissime Princeps, quo me animo esse oporteat, ad quem eadem illa pro insita benignitate tua non ut ad hospitem, sed civem; non ut ad unum aliquem ex cæteris, sed cum præcipuo quodam & dulcissimo benevolentiæ ac favoris tui sensu pervenire voluisti. Dignata est enim Celsitudo tua me putare esse aliquid, & quo die primum vidisti in his locis, complecti ut notum & tuum; quæque benevolæ ac propensæ magnorum Principum significationes esse solent, eas in me prolixe conferre. Magnus honos a maximo & gravissimo Principe: sed in quo quominus meriti mei est, eo magis intelligo, quantum debeam benevolentiæ. Pudeat quemquam & communium illorum cum patria, & privatorum horum privato sensu non affici: cumque omnia gratitudinem invitent, hæc eadem cum liceat, & ubicunque liceat, non agnoscere ac profiteri. A qua labe, ut si quisquam, cupio abesse, & aberit Deo dante vita mea quam longissime, quin desierit officii ratio prius, quam hic sensus; quamque in hoc sensu nominis tui & meritorum in omnes gloria atque prædicatio apud me conticescat. Liceat modo hunc animum apud Celsitudinem tuam recte testari, eveniatque utinam hæc ipsa testatio iudicio tuo non ingrata. Non enim profecto quæ in te, maxime Princeps, de omnibus bene merendi potestas est, eadem & in nobis facultas est, quæ beneficeris, pro merito agnoscendi, aut etiam verbis consequendi. Sed sunt illa amplitudinis tuæ; hæc nostræ tenuitatis, quam tamen scimus non esse æquitatis aut moris tui, dum cum studio atque officio coniunctam, in ullo mortalium aspernari. Afferam igitur ad testationem pro parte virili, quod licet, & si desint cætera, saltem hic inscribam: ut qui legent, aut audient, quæ cupio summa intelligi; & in virtute habeant, quo ad eam amandam & amplectendam pari benevolentia ducantur; & in testimonio civium atque hospitum, qui loqui possunt, memori & grata pietate delectentur. Quod ge-

nus

nus si sæpe præstitimus aliis voluntate suscepto magis, quam necessario officio; non convenit omnino iis non reddere, quibus non iam inductione animi, sed certo officio vere omnia debeantur. Ac ne illud quidem consentaneum est privatos cum benefecerint, cupere gratiam beneficii rependi sibi: magnos Principes cum summa omnia contulerint, non eandem voluntatem a nobis exspectare. Neque vero alienum fuit his commentariis inscribere. Nam qui ex Academia tua primum a nobis prodibant, non videbantur mihi satis verecunde publicum hic accipere posse sine præfatione honoris eius, qui Academiæ parenti, eique præsenti debebatur. Dixissem, parenti patriæ, nisi propria hæc tua laus esset apud omnes non infensos, ac de Academia nunc ageretur. Dixi autem Academiam tuam, quæ tibi cum amplissimis Ordinibus est communis: vere tamen consiliis atque auctoritate & studio tuam, quam his rebus extulisti primum, eductam assiduo favore tuo prosequeris & foves: nec minus agnoscis verbis, quam re complecteris ut tuam, quam non dubitas in quotidiano sermone filiam appellare. Quid amplius? ferunt ipsi commentarii secum munus, quod possunt, Illustrissime Princeps, dicanturque hi, & consecrantur tibi: ut quando tui esse cœperunt, non debeat cuiquam alienum videri, si in re tota tua liceat particulam hanc ut tuam agnoscere. In quo non sum veritus, ne in scriptionis genere argumenti indignitas Illustrissimum illud nomen tuum dedecoraret. Nam cum multæ sint res in iure Civili obscuritate difficiles, disputationibus doctorum & literis celebratæ, haud scio, an usquam plures sint & minus adhuc expositæ, quam in his titulis, in quos hi commentarii C. T. offeruntur, nec vero post tam multos alia de caussa suscepi hunc laborem de iisdem diligentius scribendi, quam quod res, ut in aliis scriptis nostris, etiam nunc præcipue hanc operam desiderare videbatur. Et habebunt fortasse hi commentarii, si minus quæ ante nos non vidit prior ætas, quæ tamen esse non pauca confido: at certe quæ dilucidius, & ad fontes veri aptius de iisdem rebus differentia rudes erudire, longius progressos monere, doctis non iniucunda, Academiæ tuæ nec inutilia, nec ingrata esse possint. Importunum munus, dicat aliquis, minimeque conveniens vel principi in alio quovis genere doctrinæ & studiorum versato; vel tempori difficultatibus publicis rerum implicatissimo, in quo a publicis negotiis vix respirandi spatium datur, nedum de literis, de his studiis liceat cogitare. Et metuissem hoc quoque, nisi scirem munus esse ad Principem sapientissimum: cuius sollicitudo in salute patriæ omnes partes Reipublicæ complexa nullam a se alienam putat, cuius cogitationes sunt & ipsæ occupatissimæ illæ quidem; unam tamen hanc & communem occupationem habent, ut sint in rebus omnibus optimis, & ad Rempublicam pertinentibus constituendis, tuendisque occupatæ. In his autem maxime bonæ literæ, & præclaræ artes; illæ præcipue, quæ Reipub. regendæ, & recte administrandæ rationem continent. In quibus est ius civile: atque in iure civili opera nostra. Quid dubitemus autem hæc ipsa ad voluntatem tuam & studium etiam pertinere, qui hoc tam multis rebus in Academia tua assidue testatum facis? quod quidem nemo adhuc, nisi qui te non novit, potuit ignorare. Postremo patriam meritis tuam fecisti, Illustrissime Princeps, tuam Academiam propioribus & interioribus beneficiis, tuos omnes, qui in utraque partem & locum aliquem obtinent. Et omnes non plane immemo-

res

res quod in eo vinculo sunt, animo & iudicio tales se esse volunt, atque esse, se fatentur. Ego ex immenso illo numero unus: innumeris facultate longe inferior; voluntate nemini concedens. Nulli iure novum aut alienum potest videri, externa hæc nostra venire ad te, & ab iis dicari sua, qui se etiam ipsos tam multo ante Celsitudini dicarunt tuæ. Quam ego ista virtute & meritis felicem, Deum oro, ut quam longe ac potenter extulit, tam velit diu salvam & florentem esse: patriæ autem quam contigit adhuc salutaris, tam liceat ei ad extremum usque magis ac magis talem intueri.

Vale,

Illustrissime Princeps.

Lugduni Batavorum Cal. Iul. cIↃ. IↃ. LXXXI.

EPISTO-

EPISTOLA
QUAM
HUGO DONELLUS
COMMENTARIO
In Titulos Digestorum de Usuris, & de Nautico fœnore præposuit.

MICHAELI HOSPITALI
IN AMPLISSIMA PARISIENSI
SACRORUM RATIOCINIORUM PRÆFECTURA
SUMMO PRÆSIDI
HUGO DONELLUS
S. D.

CUM inter eas artes, quibus hæc vita regitur, unum sit e civili sapientia ius civile vel cognitione rerum maximum, vel usu, & tractatione præstantissimum: idem autem maximis difficultatibus & obscuritatibus, ut hactenus tempora, & hominum studia fuerunt, implicitum: cum me penitus a principio ætatis ei studio dedidissem; semper optavi, quæcunque mea, aut quantulacunque industria in re præclara esse posset, id mihi Dei beneficio tempus dari, cum in eo excolendo, illustrandoque aliquid in commune pro mea parte virili conferre possem. Non enim frustra a sapientissimis hominibus ita didiceram, cum omnis per se opera laudabilis, & homine digna sit ea, quæ in aliis iuvandis poneretur: tum eorum expetendam, & quodammodo beatam existere solere, qui cum se honestis studiis, & præclaris tradidissent, in eo genere ipso quamplurimis opera sua prodesse potuissent: in eoque assequendo hactenus mea cura & cogitatio versata est. Quod cum mihi nondum satis aut per ætatem, aut usum rerum, & cognitionem contigisse arbitra-

bitrarer, continui me usque antea, neque commisi, ut quod sedulo quidem facerem, non perinde certa fortassis, & explorata ratione facere viderer. Non enim referre unquam putavi, nihilne, an aliquid scriberetur; sed si quid, quam utiliter: neque cum id ageretur, ut studio aliquid prodessemus, id suscipiendum fuit in re seria & gravi, ut inani aliqua, aut puerili ostentatione lusisse, vel onerasse putaremur. Nam quæ ratio plerosque ad scribendum hortari solet, ut plus quam cæteri, sapere, aut plura scisse, quia scripserint, existimentur, eam ego, qui facile patior talem me haberi, qualis sim, præut est falsæ de se, & præposteræ existimationis inscitia atque odium, semper contempsi: nec quid alii de nobis existimarent, aut quid multi facerent, sed quid deceret, mihi præcipue spectandum putavi. Non igitur si quid chartis illinere possemus, continuo id publicum accipere iuberemus, sed expectare, dum illa, quæcunque essent, maturitatem essent assecuta, & iudicium adesset: cum & multa ætas posterior de superiore ratione adimat, & illa, quæ præcesserunt, sæpissime improbet, atque inania etiam & stulta esse fateatur. Quamobrem dum cupio nostra, quam ad rem pararentur, in ea re ipsa frugis aliquid afferre, nec illa doctorum hominum iudicio penitus improbari, facile hanc cogitationem animo insidere mihi patiebar, ne quid adhuc scriberem, & hanc laudem concedens multis, me ipse tamen nonnulla futuri temporis spe, & expectatione sustinebam. Sed cum huc usque studio progressus essem, ut posse aliquibus putarer, esset autem hoc munus docendi iuris in Republ. nostrum, in quo iam nonnullos annos cum aliqua fortasse expectatione versor, in quo siquid præstemus ipsi, id obscurum esse non possit: non putavi nobis recusandum esse diutius, quin si quid in hac quotidiana exercitatione a nobis expectaretur, id publicum esse pateremur: scilicet, ut in quo hominibus nostris satisfacere vellemus, daremus operam, ut in eo ad quamplurimos opera nostra perveniret. Neque enim conveniebat, ut cuius vox ex hoc loco audiretur, eorum, qui abessent longius, iudicium reformidaremus: neque ut illud cavendum fuit, ut rebus omnibus imparati ad hanc rem accederemus, sic cum aliquid præstare deberemus, postulare debuimus, perfectum id ut esset, aut in arce tanquam Minerva Phydiæ collocaretur. Itaque cessi, & me iam tandem aliorum studiis, atque utilitatibus, si quæ ex nostris percipi possent, permisi. Id cum mea voluntate incitatus feci libenter: tum vero te auctore, amplise. Hospitalis, atque inducente maxime, hoc curriculum ingressus, nonnullas caussas, ut id facerem, abs te me habere sum arbitratus iudicii voluntatisque tuæ. Non quo existimem his rebus iudicium illud, si quod de me tuum esset, tueri me aut probare hominibus posse. Quid est
enim

enim quod magnopere efficere ipſi potuimus? Sed tamen quæcunque opera noſtra futura eſt, intelligent homines illuſtriſſimæ, ac nobiliſſimæ Principis Margaritæ Biturigum Ducis auſpiciis, item iudicio graviſſimo Clariſſimi viri Michaelis Hoſpitalis, qui illi a conſiliis præſidet, eos homines Biturigibus hæc ſtudia eſſe profeſſos, quorum alii ius Civile omnibus literis ornaverint, auxerint, quorum vita, & literæ nunc ſpirant: alii ad eam facultatem, ut aliquid conarentur, voluntate quam proxime acceſſerint. Quo in numero ego me eſſe profiteor. Atque utinam tantum ſtudio contendere poſſimus, ut ne, ſi quid tu de nobis exiſtimaſti, iudicio iſto tuo prorſus indigni fuiſſe videamur. Me quidem hoc delectabit, ſi quem forte exitum voluntas noſtra habitura eſt, non tam me re ipſa, quam tali auctore aliquid prodeſſe potuiſſe. Id etſi intelligo non multum exiſtere poſſe: tamen cum ita, ut dixi, nati ſimus, ut communes utilitates in medium conferre debeamus, & hæc opera de nobis in hac ſtatione requiratur, ſtatui me in his rebus ingenii, ſi quod in me eſt, atque induſtriæ fructum præcipue quærere oportere. Quod cum mihi propoſuiſſem, miſi ad te hoc tempore rationem aliquam commentationum noſtrarum in eam partem iuris, quæ eſt De uſuris, De fructibus, & mora: rebus, ut tu noſti, ut utiliſſimis, ſic quæ in multorum literis & diſputationibus verſatæ ſint. Sed cum res eſſent cognitu digniſſimæ, eſſet autem mea ratio in hoc genere ab aliis nonnihil, atque haud ſcio, an multum ſeiuncta fortaſſis: conſulto feci, ut de rebus utilibus, nec ſatis cognitis, qui meus eſſet ſenſus, iuventuti aperirem. In quibus explicandis id ſum ſecutus, non ut quicquam ex iis, quæ ab aliis dicta eſſent, ad aliquam ingenii oſtentationem repeteretur, quod neceſſe non fuit: ſed ut quæ his libris Romani iuris continentur, quæ ad hanc rem pertinerent, ea, quod in nobis eſſet, diſtincte, atque ordine ad eius ipſius iuris, in quo verſamur, explicationem quam ſimpliciſſime traderentur. Quid effecerim, vel potius quid efficere voluerim, tuum iudicium, atque etiam omnium, quamvis me recuſante, futurum eſt. Mihi quidem non multum id eſſe perſuadeo. Spero tamen, quicquid ideſt, ſtudioſos iuris, ſi qui harum rerum ſtudio tenebuntur, vel ad faciliorem earum rerum, quæ in hac cognitione poſitæ ſunt, comprehenſionem & viam, vel ad eorum, quæ ſpinoſius in hoc genere ſunt tradita, quæ multa ſunt, cognitionem, nonnihil adiumenti his legendis eſſe adepturos. Quæ ego nomini tuo dedi, dicavique, clariſſ. Hoſpitalis, tibique inſcripta ad te miſi: non illa quidem digna vel iſto nomine, vel quæ tibi potiſſimum legenda offerrentur, ſed tamen eiuſmodi, quæ, ut maxime recuſem, ſe ultro tua eſſe dicunt. Sunt enim ab

eo profecta, qui se, & sua non studia modo, sed cætera omnia tua esse fateatur. Itaque sive tu probabis, sive improbabis, tua tamen ista futura sunt eadem lege, qua cætera, quæ in rebus nostris habentur, ut si placent, maneant: sin aliter, ius sit abiicere.

Vale,

Biturigibus.

ELENCHUS TITULORUM
DIG. QUOS
DONELLUS COMMENTARIIS ILLUSTRAVIT,
ET QUI HOC VOLUMINE CONTINENTUR.

TIT. Ad Legem Aquiliam.

De Rebus creditis. Si certum petatur, de Condictione.

De Iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali.

De In litem iurando.

De Condictione ex Lege.

De Condictione Triticiaria.

De eo quod certo loco dari oportet.

De Praescriptis verbis & in factum actionibus.

De Aedilicio Edicto.

De Evictionibus, & duplae stipulatione.

De Usuris & fructibus & Caussis & Accessionibus, & mora.

De Nautico foenore.

Commentarius in L. Gallus 29. D. de Liber. & postum.

ELENCHUS CAPITUM ET RERUM, QUÆ IN COMMENTARIIS AD NONNULLOS SUPRA LAUDATOS, D. TITULOS ORDINE AC METHODO PERTRACTANTUR.

Tit. Ad L. Aquiliam.

Cap. I. col. 2.
II. *Cui actio lege constituta sit.* 8.
III. *In quem constituta actio.* 11.
IV. *Quid quantumque in hanc actionem veniat.* 14.

Tit. De reb. credit. §. Si cert. pet.

In Rubricam.

Cap. I. *Titulum* De rebus creditis *generalem esse: & an nulli sint in pandectis tituli generales.* 18.
II. *Titulus, si certum petetur, & de condictione, specialis, & quam significationem habeat.* 52.

Tit. de Iureiurando, sive voluntario &c.

Cap. I. *De Iureiurando duæ quæstiones: Iurisiurandi extra litem & iudicia usus, qui quidem effectum iuris habeat.* 624.
II. *Iurisiurandi in lite & iudiciis usus, tum genera; De iureiurando calumniæ, Testimonii, Purgationis, Iudicio sistendi caussa, litis decisionis.* 630.
III. *Partitio Edicti ac tituli de iureiurando. De vi iurisiurandi voluntarii, seu eius quod extra iudicium iuratum est, ex edicto. Quibus conditionibus id valeat. Ac primum de conditione delata.* 636.
IV. *Qui iusiurandum deferre possint, aut non possint, ut his deferentibus iusiurandum datum servandum sit, aut non noceat.* 640.
V. *De hac conditione tertia, si iuraverit, aut si remissum sit iuramentum.* 646.
VI. *Iurandum ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est, & hoc quibus rebus contineatur.* 656.
VII. *Quomodo servet prætor iusiurandum: ac primum reo; & de exceptione iurisiurandi. Quibus detur, adversus quos, qua de re.* 666.
VIII. *De actione ex caussa iurisiurandi, quæ & qualis sit; quibus, adversus quos, quandiu, quam vim habeat.* 684.
IX *Iusiurandum nullo prætextu retractari posse, præterquam tribus in caussis: tum de variis effectibus iurisiurandi.* 704.
X. *De vi iudicialis iurisiurandi.* 730.
XI. *De vi necessarii iurisiurandi.*
XII. *De necessitate suscipiendi iurisiurandi, tum extra iudicium, tam in iudicio.* 772.
XIII. *Recusandi iudicialis iurisiurandi caussæ.* 784.
XIV. *Necesse esse venire ad iudicem iurandi caussa, cum vocatus fuerit: nisi si quibus hæc iurandi necessitas remittatur; & quæ res hanc remittant.* 818.
XV. *Adversus eum qui iurare, aut iurandi caussa ad iudicem venire non vult, quæ sit pœna.* 834.
XVI. *De appellationibus voluntarii iurisiurandi, necessarii, iudicialis: quid his significetur.* 850.

Tit. De præscr. verb. & in fact. action.

Cap. I. col. 1216.
II. *In iis contractibus, qui in proprium nomen transeunt, neque conditioni dati ex pœnitentia locum esse, & certam in omnibus esse actionem; tam qua nota discernamus in omni conventione, utrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.* 1218.
III. *Cum do, ut des, quod certi contractus & quando ineatur.* Ad L. naturalis, in pr. 1222.

IV.

IV. *Cum do, ut facias, quando contrahatur locatio, aut non contrahatur* Ad L. naturalis, § 1. 1224.

V. *Cum facio, ut des, quod contractus genus.* 1226.

VI. *Cum facio, ut facias, nullum hic certum genus contractus existere.* ibid.

VII. *Quod ob caussam datum sit, caussa non secuta, revocari posse condictione: & hoc, quicunque casus accipienti obstiterit, quominus caussa sequeretur.* 1228.

VIII. *De revocatione facti, cum facio, ut des, aut facio, ut facias, in iis contractibus, qui in aliud nomen non transeunt.* Ad L. naturalis, *in extremo.* 1230.

I.X *De eo quod convenit, ut daretur, aut fieret, an sit, & quæ sit actio in quatuor generibus contractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. Ac primum de his tribus, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias.* 1232.

X. *Cum facio, ut des, neque locatio contrahitur: unum quoque hic esse actionem præscriptis verbis, ut & in suprascriptis generibus: & quibus locis iuris id confirmetur.* Ad §. quod si faciam, L. naturalis. 1236.

XI. *In specie proposita in* L. iurisgentium, in princ. *illic*, & puto, *D. de pact. esse id negotium, cum facio, ut des; non cum do, ut facias.* 1238.

XII. *In* L. solent 15. D. de præscr. verb. *proponi id negotium, in quo facio, ut des: & tamen si non des, dari mihi præscriptis verbis actionem, quamvis dolo facias, ne des* 1240.

XIII. *In* L. si tibi polienda 22. D. de præscr. verb. *agi id negotium, in quo & conventione, & implemento prius facio, ut des: hic tamen dari mihi adversus te omnimodo actionem præscriptis verbis.* 1242.

XIV. *Argumenta non dubia, quibus evincitur, actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, ut des, quam in aliis tribus generibus.* 1244.

XV. *Cum facio, ut des, non tantum esse actionem præscriptis verbis, cum nullus tuus dolus arguetur, sed etiam si arguatur.* 1248.

XVI. *Cum facio, ut des, sic esse actionem præscriptis verbis etiam adversus eum qui sciens fallit, ut non sit de dolo.* 1254.

XVII. *Explicantur ac diluuntur IV. loci, quibus in hac specie, cum facio, ut des, actio de dolo ad id mihi dari videtur: ac primum* L. cum proponas, C. de dol. 1256.

XVIII. *In* L. solent, D. de præscr. verb. *non esse sententiam Ulpiani, ut cum feci, ut dares, & dolo cessas dare, sit eo nomine de dolo actio.* ibid.

XIX. *Explicatur* L. naturalis §. 1. *illic* Sed si dedi D. de præscr. verb. *simul L. iurisgentium, in princ. illic.* Et ideo puto *D. de pact.* 1258.

XX. *Hic ex professo excutitur, & explicatur sententia* §. Quod si faciam, d. L. naturalis. 1264.

XXI. *Præscriptis verbis actio quid sit, & cur sic vocetur.* 1274.

XXII. *In factum actio quid sit, & quid ab actione præscriptis verbis differat.* 1278.

XXIII. *Quæ & qualia sint ea, quæ nunquam propria actioni præscriptis verbis passim tribui legimus.* 1284.

XXIV. *Actionem in factum generis verbum esse: eius species duas, civilem in factum, & prætoriam: atque hanc rursus duplicem, & quænam hæ species.* 1290.

Tit. De Ædilitio Edicto.

CAP. I. *Edictum ædilium restitutum: & in eo Tituli de ædilitio Edicto argumentum, & summa.* col. 1294.

II. *Partitio huius tituli: quas ad res venditas Edictum Ædilium pertinet: tum generales caussas ad redhibendum esse quatuor, & de earum sententia.* 1298.

III. *Speciales ad redhibendum caussæ, quæ & quid his contineatur.* 1304.

IV. *Ad res donatas, locatasve Edictum Ædilium non pertinere, sed solum ad venditas, & si quæ emptioni accesserunt: in venditis etiam quasdam venditiones excipi, & quæ.* 1310.

V. *De re quæ redhiberi potest, quæ actiones; ac primum de redhibitoria.* 1314.

VI. *De actione quanto minoris, & ea quæ est in id quod interest, ex hoc edicto.* 1326.

Tit. De Evíction. & duplæ stipulat.

CAP. I. *Quæstio de Evictione ubi locum habeatur. Quid in ea quæratur: tum quid sit stipulatio duplæ & simplæ; & in obligatione empti & venditi quo iure hæc habeatur.* 1330.

II. *Evictio Emptori in universum quando & quatenus præstanda.* 1334.

III. *Evincere quid sit, & quibus rebus contineatur evictio, ut sit actio ob evictionem: ac primum rem emptori auferri oportere.* 1340.

IV. *Ad evictionem oportere rem iudicio evocari.* 1342.

V. *Rem non solum iudicio, sed etiam iure auferri oportere tanquam alienam, aut pignori obligatam, ut sit evictioni locus.* 1346.

VI. *Parte rei evicta, etiam actionem esse ob evictionem: quæ hic partes intelligendæ sint: & quatenus eo nomine actio.* 1354.
VII. *Quæ actiones sint evictionis nomine & quid his contineatur.* 1362.

Tit. De Usuris &c. & seq. De Nautic. fœn.

CAP. I. *De Usuris.* col. 1378.
II. *De Nautico fœnere.* 1402.
III. *De Fructibus.* 1406.
IV. *De Caussa & accessionibus,* 1426.
V. *De Mora.* 1428.

ELEN-

E L E N C H U S

EARUM LEGUM ET PARAGRAPHORUM,

QUARUM SINGULÆ

SUIS IN HOC VOLUMINE

COMMENTARIIS ILLUSTRANTUR.

Ad Tit. D. de reb. cred. & si cert. pet.		Col. 18.
L. 1.	*E re est.*	68.
2.	*Mutuum damus.*	90.
	§. *Mutui datio.*	96.
	§. *Appellata est.*	102.
	§. *Creditum ergo.*	104.
3.	*Cum quid mutuum.*	108.
4.	*Si quis.*	120.
	§. *Res pignori data.*	130.
5.	*Quod te.*	132.
6.	*Certum est,*	138.
7.	*Omnia.*	142.
8.	*Proinde.*	144.
9.	*Certi condictio.*	148.
	§. *Competit hæc actio.*	182.
	§. *Quoniam igitur.*	184.
	§. *Numeravi.*	186.
	§. *Idem erit.*	ibid.
	§. *Item quæri.*	ibid.
	§. *Sed etsi ei.*	ibid.
	§. *Si nummos.*	190.
	§. *Deposui apud te.*	196.
10.	*Quod si ab iuitio.*	198.
11.	*Rogasti me.*	200.
	§. *Si tibi decem dedero,*	208.
	§. *Si fugitivus servus,*	212.
12.	*Si a furioso.*	226.
13.	*Nam etsi.*	232.
	§. *Si servus communis,*	ibid.
14.	*Si filiusfamilias.*	234.
15.	*Singularia.*	244.
16.	*Si socius.*	282.
17.	*Cum filiusfamilias.*	284.
18.	*Si ego pecuniam.*	288.
19.	*Non omnis.*	304.
	§. *Si pupillus.*	306.
20.	*Si tibi pecuniam.*	310.
21.	*Quidam existimaverunt,*	316.
22.	*Vinum.*	344.
23.	*Si eum servum.*	390.
24.	*Si quis certum.*	404.
25.	*Creditor.*	406.
26.	*Si pecuniam.*	ibid.
27.	*Civitas.*	408.
28.	*Creditor.*	430.
29.	*Si institorem.*	432.
30.	*Qui pecuniam.*	438.
31.	*Cum fundus.*	444.
	§. *Servum tuum.*	448.
32.	*Si me & Titium.*	462.
33.	*Principalibus.*	464.
34.	*Præsidit.*	472.
35.	*Periculum.*	474.
36.	*Pecuniam.*	476.
37.	*Cum ad præsens,*	482.
38.	*Respiciendum.*	ibid.
39.	*Itaque.*	ibid.
40.	*Lecta.*	486.
Pen.	*Eius.*	526.
Ult.	*Si ego.*	592.
	§. *Labeo ait,*	622.

Ad Tit. De in lit. iurand.		858.
L. 1.	*Rem.*	868.
2.	*Sive.*	872.
3.	*Nummis.*	874.
4.	*Videamus.*	876.
	§. *Deferre autem.*	886.
	§. *Iurare autem.*	888.
	§. *Item videndum,*	898.
	§. *Ex culpa.*	902.
5.	*In actionibus.*	ibid.
6.	*Alius.*	928.
7.	*Vulgo.*	930.
8.	*Tutor.*	ibid.
9.	*Cum furti agitur.*	ibid.
10.	*In Instrumentis.*	932.
11.	Et ult. *De periurio.*	934.

Tit. D. de condict. ex Leg. Si obligatio. 948.

Ad Tit. D. de condict. Triticiar. 970.

L. 1.	*Qui certam pecun.*	988.
	§ *Rem autem.*	990.
2.	*Sed & ei.*	ibid.
3.	*In hac actione.*	1000.
Ult.	*Si res aliqua,*	1056.

Ad Tit. D, De eo quod cert. loco.		1058.
L. 1.	*Alio loco.*	1064.
2.	*Arbitraria.*	1074.
	§. *Hæc autem.*	1086.
	§. *Si quis.*	ibid.
	§. *Non utique.*	ibid.

§. *Si*

§. *Si quis itaque.* 1098.
§. *Si quis insulam.* 1100.
§. *Qui ita stipuletur.* 1102.
§. *Idem Iulianus tractat.* 1106.
§. *Nunc de officio.* 1118.
3. *Ideo.* 1126.
4. *Quod si Ephesi.* ibid.
§. *Interdum iudex.* 1138.
5. *Si heres.* 1142.
6. *Aut mutua.* ibid.
7. *In bonæ.* 1146.
8. *Centum Capuæ.* 1148.
9. *Is qui certo.* 1186.
Ult. *Si post moram.* 1192.

Tit. D. De præscr. verb.

L. 14. *Qui servandarum*, in pr. 1290.

Tit. D. De Eviction.

L. 64. *Ex mille.* 1370.

Tit. D. De lib. & postum.

L. 29. *Gallus.* 1460.
§. *Quidam.* 1466.
§. *Idem credendum.* 1468.
§. *Et quid.* Ibid.
§. *Si eius qui.* 1472.
§. *Forsitan.* 1474.
§. *In omnibus.* 1478.
§. *Nunc de lege.* 1480.
§. *Videndum.* 1486.
§. *Ille casus.* 1488.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. D. AD LEGEM AQUILIAM.
CAPUT I.

SUMMARIA.

1. *Cuius rei gratia lata sit L. Aquilia, & quæ illius capita & n. 2.*
2. *Tractationis methodus & quid caussam dederit L. Aquiliæ.*
3. Ruptum *quid significet in L. Aquilia.*
4. *Item quid* ruptum iniuria; *& quæ hic iniuriæ vis & significatio.*
5. *Hac L. notari vel levissimam culpam: Hinc quid sit culpa, an quis in culpa sit aut secus quomodo dignoscatur.*
6. *Ex facto quomodo æstimetur culpa; & quæ distinguendi ratio. Obiter quæ iure civili & naturali liceant & n. 7.* & seq.
8. *Quatenus defensio vitæ aut rei nostræ permittatur a iure.*
9. *Quando in culpa non sit qui casu alium læsit, exempla cuiusmodi.*
10. *Summa rerum.*
11. *An imperitia & infirmitas culpæ adnumerentur & n. 12.*
13. *An lusus excusationem habeat.*
14. *Nam magistri potestas in castigando L. Aquilia coerceatur, & quando.*
15. *Alia rerum collectio & conclusio.*

QUi nunc explicatur Titulus ad Legem Aquiliam, cur hoc loco sit politus, nulla mihi ratio idonea succurrit. Et nihil magnopere attinet quærere. De re ipsa
1 videamus. † Lex Aquilia
lata est de damno dato persequendo. *L.* 1. *D. hoc tit.* Eius verba quæ sint, intelligi potest ex his capitibus, quæ referuntur. *eod. tit.* Caput primum legis extat *L.* 2. *D. eod.* Caput tertium, *L. si servus*, 27. *§. tertio*, *D. eod.* Secundum in desuetudinem abiit, *d. L. si servus*. Legis interpretatio quærenda est. In qua uterque Titulus *Cod.* & *Digest.* versatur.
2 Res longa est, ad † certa genera & capita revocanda est. Primum in lege hoc observandum est, quæ caussa faciat huic legi locum, ut hac interveniente agere liceat; non interveniente, non liceat. Caussa est hæc, quantum ex utroque capite intelligere possumus: si quis aut occiderit quid alieni, aut ruperit iniuria. Primum caput est de occiso. Tertium caput est de re rupta. Quid sit occidere, notum est quid
rumpere non item. Rumpere † in hac lege 3
sic veteres acceperunt, corrumpere, *L. si servus*, *§. inquit lex*, *D. eod.* Corrumpere autem est rem mutare in deterius: quovis facto, vel quod idem valet, rem deteriorem facere. Hæc definitio colligitur, ex *d. L. si servus*, *§. inquit*, *in fin.* Exempla eiusdem legis omnia usque ad finem, ad hanc definitionem pertinent. Ex hac definitione colligitur, non statim si quid ruptum sit huic legi esse locum, sed ita si ruptum sit deterius, idest corruptum: denique Legem Aquiliam ad damnum tantum pertinere. Exemplum: si quis fructus immaturos dececuerit, is rupit, L. tamen Aquilia non tenetur: nullum enim damnum est. Idem si animal castraverit, *L. si servus*, *§. si olivam &*

4 *si puerum*, *eod.* Non est satis, oportet †
ruptum esse quid iniuria, ut utroque ca-
pite expressum est. Iniuria hic quomodo
accipitur? Ininria duo hic significat: alias
contumeliam, alias generaliter quicquid
non iure fit, *L.* 1. *D. de iniuriis*. In hac
lege sic accipimus: Iniuria ruptum, idest,
non iure, sive quod idem est, cum culpa,
L. 5. §. *iniuriam*, *D. eod.* Id quomodo
est intellectum a veteribus Iurisconsultis?
Ex adiuncto. Lex enim ait: si quis occi-
derit iniuria, si quis ruperit iniuria, ver-
bum *iniuria* relatum est, in *L.* ad res alie-
nas; contumelia autem ad personæ digni-
tatem pertinet. Est enim contumelia a con-
temnendo, quicquid contemptum alterius
habet. *L.* 1. *D. de iniur.* Ex quo intelli-
gitur contumeliam in hac lege non notari.
Ex eo, quod culpam significari in hac
lege dicimus, intelligitur hac lege non
eos tantum teneri, qui dolo quid faciunt,
sed & qui culpa alicui nocent, *L.* 5. §.
iniuriam, *D. eod.* Plus dicimus, etiam
5 † si levissima culpa sit, id hac lege tene-
ri: *L. in lege*, *D. eod.* Hinc quærendum
est, quid culpa factum videatur. Hic est
locus, in quo maxima pars disputationum
iuris auctorum his titulis versatur. Culpa
peccatum est, culpa factum est, si prævi-
deri periculum potuit, neque prævisum
est; nisi quæ res factum defendat. Quæ
res defendat a culpa, quæritur: id expli-
candum est. An quis culpa non fecerit,
duabus ex rebus æstimandum est, ex per-
sona facientis, & ex genere facti. Ex per-
sona facientis, si nulla intelligentia, nul-
lum indicium personæ fuit: ut si furiosus
aut infans, aut impubes, qui doli capax
non sit, damnum dederit, *L.* 5. §. *&*
6 *Ideo*, *eod.* Ex facto † æstimandum est,
secundum hanc distinctionem: videndum
est, cum quis fecit, utrum an in pote-
state eius fuerit non facere, an vero non
fuerit. Si non fuit in eius potestate, culpa
caret: quia non est, quod imputetur ei,
qui si vellet cavere, non potuit. Talis est,
qui impulsus ab alio damnum dedit: hic
L. Aquilia, non tenebitur. *L.* 7. §. *pro-
inde*, *D. eod. tit.* quia non potuit effi-
cere ne ab alio impelleretur; ab alio im-
pulsus, ne occideret. Si in potestate fa-
cientis fuit ne faceret; videndum est,
utrum data opera fecerit, an vero alio
consilio factum casu alii nocuerit. Si data
opera factum est, nulla hic excusatio est
facti, nisi dicat a se iure factum. Hinc
7 quæritur, quid † iure fieri ad perniciem
alterius intelligatur. Quædam iure civili
adversus alios licent, quædam vero na-
turali: Civili iure duo dumtaxat: Licet
marito in adulterio deprehensum occide-
re. Ergo qui servum in adulterio depre-
hensum occidit, non tenebitur. L. Aqui-
lia. *L. qui occidit*, *D. eod.* Item. L. 12.
tabb. licet occidere nocturnum furem, sim-
pliciter: diurnum, ita si se telo defendat:
utrumque hac lege, si is qui occidit, cum
clamore testificatur. *L.* 4. *D. eod.* Natu-
rali iure licet, si quid ex defensione ne-
cessaria factum est: in quo ita licet defi-
nire. Quicquid fit ad defensionem vel
nostram, vel rerum nostrarum, cum ali-
ter periculum effugere non possumus, iure
utrumque fieri existimatur. Ad defensio-
nem nostram: ut si adversus insidiatorem
facias, defendendi caussa fiat, non ulci-
scendi. *L.* 4. *in princ. h. tit.* *L. scien-
tiam*, §. *qui cum aliter eod.* Ad defen-
sionem rerum nostrarum: cuiusmodi hæc
exempla sunt, ut liceat incendii arcendi
caussa vicini ædes intercidere, ut pericu-
lum effugiamus. *L. si quis fumo*, §. 1.
eod. Congruit lex *si alius*, §. *est & alia*
D. quod vi aut clam. Item ut liceat
funes præcidere, si navis in nostram im-
pulsa vi tempestatis sit, & res aliter ex-
pediri non possit. *L. quemadmodum*. §.
Item Labeo, *D. eod.* Sed hic notandum
est, ita demum † iure permitti defensio- 8
nem, si defensio necessaria fuit. Quid si
non fuit necessaria? Exemplum: duo ani-
mi caussa certamen, vel colluctationem
susceperunt; certamine suscepto non est
integrum, ne se defendant: si in hoc cer-
tamine alius alium lædat, an iure faciet?
Placet ita demum iure fieri, si fuit cer-
tamen publicum institutum in civitate so-
lemni iure. *L.* 7. §. *si quis in coll. D.
eod.* Ex quo colligitur, si privatum cer-
tamen fuit, nullam culpæ esse defensio-
nem: quia etiamsi defensio fuit necessa-
ria, fuit tamen in potestate utriusque cer-
tamen non suscipere. Ex hac definitione
hoc rursum colligitur, ubi periculum sine
damno alieno vitare potui, non licere rem
alienam corrumpere, etiamsi iniuriam ab
ea accipiamus. Hoc diximus propter ani-
malia, exempli gratia, quæ in nostro agro
deprehensa sunt, & depascendo arbores,
nocent vitibus. In his hæc regula est, non
posse nos ea eiicere, nisi ubi nostra ani-
malia eiiceremus: non licet ea offendere
aut vulnerare. *L. Quintum*, *D. eod.* Præ-
terea natura iure fit, quicquid a nobis in
nostro fit. Ideo aliquid in nostro positum
licebit præcidere; si in alieno est, non li-
cebit. *L. quemadmodum*, §. 1. *eod.*
Hæc sunt, quæ iure licent, si quis data
opera fecerit. Si quis alio consilio fecit,
verum † casu alium læsit: hic duplex de- 9
fen-

fensio est. In re casu facta una: si is qui fecit, periculum providere non potuit in ea re: tale est, si quis ramum ex arbore deiecerit in eum locum, ubi nullum esset iter. Ea res declarat non potuisse eum divinare, utrum quis eo venturus esset. *L. si putator, in fin. eod.* Altera defensio est, si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur læsus sit: idest, si periculum vitare potuit, neque fecit: quæ definitio recte colligitur ex *L. qui foveas, in fin. d. L. si putator*. Huc pertinet regula iuris: Qui sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis sua, de Reg. Iur.* In hoc genere est is cui denunciatum est tempestive ita, ut casum vitare possit: veluti si tegula deiecta sit; & is qui deiecit, tempestive proclamaverit, ut casus vitari posset *L. si putator, §. 1. eod.* In hoc genere est præterea, qui in aliquo loco scivit rem consuetam & licitam fieri, eamque periculosam; idque cum sciret, in eum locum venit temere. Si læsus est, culpa eius est, qui cavere potuerit; qui læsit, non tenebitur. Talis est, qui hominibus in campo iaculatorio iaculantibus intempestive eo venit; qui eum læsit, non tenebitur, *L. 9. in fin. D. hoc tit.* Talis est, qui in eum locum venit, ubi foveæ factæ essent, si modo ex consuetudine fieri solebant, & in eas decidit *L. qui foveas, hoc tit.* Talis est quoque, qui tonsori in loco publico tondenti se commisit, si forte tonsor a prætereuntibus impulsus eum læserit. *L. 11. in pr. eod.*

10 Ex his hæc † summa est. Si is, qui intelligentiæ capax est, quid fecerit: culpa eius est hoc ipso quod fecit, si ea re damnum dedit: nisi qua re excusetur. Quatuor hæc culpam removent. Primum si non fuit in potestate eius, non facere. Secundo si fuit in potestate eius & data opera fecit, verum iure fecit. Tertio si casu fecit, sed divinare non potuit eum casum evenire posse. Postremo, si in eo qui læsus est, culpa est cur læsus sit. Diximus quæ iustæ caussæ essent, ad culpam removendam. Ex his dubitatum de quatuor: in quibus quæritur, sitne iusta defensio ad culpam deprecandam. Pri-
11 mum † si quis imperite aliquid fecerit, ut si medicus imperite secuerit. Deinde si
12 quis quidem † per infirmitatem fecerit, ut si ideo læserit, quia equum ferocem retinere non potuerit; si ideo læserit, quia plus æquo oneratus onus deiecerit. Utrum imperitia culpæ assignanda sit, utrum infirmitas, quæritur. Dubitationis caussa est hæc. Non enim omnes omnia scire possumus, neque cogimur. Infirmitas habet necessitatem naturæ: non enim potuimus cavere, quod per infirmitatem virium fecimus. De his rebus ita videtur utrique culpæ assignandum, & quod per imperitiam peccatum est & quod per infirmitatem. Sunt exempla. *§. præterea, Inst. eod. L. 7. §. 1. L. 8. D. eod.* Ratio est hæc adversus superiorem dubitationem: quia ipsa imperitia & infirmitas culpa est. Illud in culpa est, suscepisse id, in quo scires imperitiam aut infirmitatem tuam alteri periculosam fore *L. 8. eod.* Tertio dubitatum est, num † lusus damni excu- 13
sationem habeat. Placuit non habere, *L. nam lusus, D. eod.* Cur? quia fuit in potestate nostra ludum non suscipere. Postremo de eo dubitatum est, habeatne iustam defensionem damni potestas † magi- 14
stri, si præceptor vehementius animadvertat in discipulum. Dubitatio ex potestate præceptoris. Nam castigatio præceptori conceditur, aliter docere non potest. Placet hic nullam esse excusationem. Inde illud dictum est: *præceptoris nimia sævitia culpæ assignatur*, in *L. 6. D. eod.* Nimiam sævitiam quam intelligimus? eandem quam noxiam; scilicet nimia est, ubicunque sæviendo damnum dat: ut si eluscet, corrumpat aut perfundat oculum. Hoc colligitur ex *L. 5. in fin* ubi dicitur præceptorem teneri ob oculum perfusum. Ex quo colligitur idem esse de omnibus damnis, quia lex Aquilia omnia damna persequitur. Ex eadem definitione colligitur, præceptores plagosos qui nimis verberant adolescentes, non recte facere: quia nimia sævitia interdum corrumpunt & exacerbant adolescentes. Veruntamen si fecerint citra corruptionem, nullam esse actionem. Non est Aquiliæ actio, ubi damnum non est: non est iniuriarum, quia quod docendi & emendandi caussa fit, non fit contumeliæ. *L. 5. in fin. D. eod.* Ex his omnibus rursum † colligam, quid sit in culpa esse, si 15
ex aliquo facto periculum esse potuit, idque provideri potuit ex præsenti statu rerum. In culpa est, qui fecit, nisi necessitate aliqua periculi coactus fecerit. Ob eam caussam *L. Aquilia* tenetur, si damnum dederit: nisi qua culpa sit in eo, qui læsus est, cum periculum vitare posset. Ex hac definitione intelligitur, quomodo præcedentes caussæ non habeant iustam excusationem. Secundus locus in *L.* animadvertendus est.

CAP. II.

Cui Actio lege constituta sit.

SUMMARIA.

1. *Actionem L. Aquiliae domino tantum competere.*
2. *Quid si res dominum non habeat.*
3. *Quid si hereditaria res sit.*
4. *Libero homine laeso competit illi L. Aquiliae actio non directa, sed utilis.*
5. *Re legata occisa vel laesa, cui actio competat, heredi, an legatario.*
6. *Emendata lectio Pand. Florent. in* §. ult. L. liber homo 13. D. eod.
7. *Soli domino competit actio L. Aquil. non alii.*
8. *Quinam excipiuntur.*

1 Apparet † domino esse constitutam ex Capite legis primo *L.* 2. *D. eod.* ubi dicitur: *tantum domino dare damnas esto*. Huc pertinet, *L. item mela*, *§. legis autem eod.* Ex hoc verbo duo effi-
2 ciuntur: primo † si ea res rupta sit, quae dominum non habeat, legis Aquiliae actionem non fore. Hinc duo quaesita: Primo,
3 quid si in re † hereditaria damnum datum sit? Dubitationis caussa: quia eo tempore nullus dominus est: nunc heres hereditatem adivit; Lex autem Aquilia domino Actionem constituit. Haec quaestio expedita est; nam hereditas pro domino est. *L. hereditas*, *D. de acquir. rer. dom.* Idcirco hereditati actio acquiritur hereditate adita & heredi per hereditatem. Locus hic tractatur. *L. liber*. 13. §. *si servus*, & *L. ob id*, *D. eod. tit.* Rursum
4 hoc quaesitum est. Quid si † liber homo laesus sit, & liberi hominis membrum ruptum? cum constet liberi hominis nullum damnum esse? In hac re visum est, libero homine laeso ipsi directam actionem non competere: utilem competere. *L. liber homo, in princ. D. eod. tit.* Cur non liber habet directam? Quia inquit Ulpianus *non est dominus suorum membrorum*, *L. liber*. Lex autem domino actionem esse voluit. Non esse dominum suorum membrorum, colligitur ex contrariis: quia ut aliquis sit dominus & possessor, necesse est duo esse: eum qui possidet, & rem, quae habeatur: Item dominum esse, & eum qui serviat. At nemo harum duarum rerum personam sustinere potest: alioqui consequetur absurdissimum, ut idem sibi ipsi sit dominus & servus: Probatur: Est aliquis dominus sui; ergo eatenus servus est. Pertinet huc, quod scribitur de persona magistratus *L. Ille a quo*, *§. ultim. D. ad Trebell.* Cur habet utilem liber homo? quia lex Aquilia ruptionem vindicat. Parum igitur refert ad sententiam legis, utrum quis experiatur in re sua an in eo quod sit ipse: est ex mente legis actio. Hac actione duo consequitur liber homo: Primum impensas, quas fecit in curatione; deinde operas, quibus caruit; item cautionem propter vulnus acceptum. *L. 7. in princ. D. eod. L. ult. D. de his, qui deiecer vel effuder.* Hic notandum est filiofamilias laeso, patri eandem actionem fore. *L. 5. §. ult. L. 7. §. 1. D. eod.* Hoc igitur primum efficitur ex superiori verbo.

Secundum ex eodem verbo legis efficitur: si res rupta dominum habuit, huic soli actionem fore. Hinc illae quaestiones sunt, de re legata occisa aut laesa: utri † 5
actio competat, heredi, an legatario Quae quaestio in eo est, uter sit dominus. Tractatur in *L. liber homo, in fin.* & *duabus legibus sequentibus*, in *L. Titio* & *L.L. duabus sequentibus*. Illud obiter notandum: in *L. liber homo, in fine*, manifestum mendum est: in Pand. Flor. verba haec sunt: *Si non post mortem cognovit*: ut sit sensus: ita demum legatario competet actio, si antequam servus sit mortuus, legatarius agnovit legatum. Legendum est † pro *non*, *si modo post mor-* 6
tem: facile fuit erratum: ex *non*, fit *modo*, si apicem super scribas: sic legitur in vetustis, qui iam diu fuerunt impressi Lugduni, sed nihil facit vetustas. Rem videamus: hae mihi caussae sunt mutandae lectionis. Legatarius quandocunque legatum agnoverit, retro dominus fuisse intelligitur. *L. legatum*, *de legat.* 2. Deinde si post mortem servi legatum agnosci non potest, male Ulpianus subiicit: *Si autem repudiaverit*. Ratio: quia si agnosci post mortem non potest, neque repudiari, *L. is potest*, *D. de acq. hereditat.* Tertio, si legatarius ante mortem servi legatum

tum agnovisset, tolleretur omnis dubitatio. Nemo dubitaret quin ipsi legatario competeret actio, quod Iurisconsultus dubitat.

7 Recte igitur admonemur soli † domino competere actionem. Hoc ad quid monendum est? ut intelligamus non competere his, qui domini non sunt, etiamsi eorum intersit. Exempli caussa: Res commodata rupta est, non erit actio commodatarii. *L. item mela*, *§. penult. D. eod.* Id secus est in actione furti: *§. furti*, *Instit. de oblig. ex del.* Hic tres perso-
8 næ † excipiuntur, quibus non directa quidem datur, sed utilis, cum illorum intersit. Primo, bonæ fidei possessor; deinde fructuarius actionem habet utilem *L. item mela*, *§. penult. D. eod.* Tertio creditor, cui res pignori opposita est, si rem salvam aliter habere non potest. *L. si dominus*, *L. qui occidit*, *§. 1. D. eod.* Cur illis potissimum datur, cum sint alii infiniti, quorum interesse potest? Respondeo: Quia bonæ fidei possessor in fructibus percipiendis loco domini est, suos enim facit, *L. qui scit*, *§. 1. D. de usur.* Eodem iure est fructuarius. Creditor, ut suum consequatur, domini quodammodo loco est in re pignori obligata. Hinc est quod rem suo iure distrahit, & eiusque dominium transfert. *L. non est novum*, *D. de acquir. rer. dom.* Tertius locus in lege animadvertendus est.

CAP. III.

In quem constituta actio.

SUMMARIA.

1. *L. Aquiliæ actione tenetur qui occidit aut rupit; qui caussam damno dedit, actione in factum.*
2. *Quot modis quis aliquid rupisse dicatur.*
3. *Item quot modis caussam damni aliquis dedisse intelligatur.*
4. *Quid in proposita re differat actio L. Aquiliæ ab actione in factum.*
5. *Quot modis per alios quis rupisse dicatur.*
6. *An si plures ruperint, uno solvente cæteri liberentur.*
7. *Quid si plures unius servi ruperint: an singulorum nomine teneatur dominus.*

ACtio constituta est in eum, qui rupit. Id quæritur, quis ruperit. Hic locus non est idem cum primo, quem explicavimus: quia fieri potest, ut constet aliquid ruptum esse, dubitetur quis ruperit: hoc nunc quærimus, quis ruperit. Dubitatio ex eo quod non quisquis rem attingit, solus rumpit. Fieri potest, ut aliquis in caussa sit, quamobrem res rupta sit, & tamen non ruperit; aut contra ruperit. Unde quæstio, an quisquis caussam damni dat, videatur rupisse, & hac lege teneatur. Principio de hac re regula tra-
1 ditur: solum † hac lege teneri, qui occidit, rupitve. *L. ita vulneratus*, *D. ad Legem Aquil.* Porro multum interesse: utrum quis ruperit, an caussam damni dederit: qui causam damni dedit, hac lege non teneri, sed in factum actione, *L. 7. §. sed etsi D. eod. L. ita vulneratus*, *D. eod.* Hoc igitur explicandum est, quid inter utrumque intersit.
2 Certum est † eum rupisse, qui vi & manu adhibita rupit: Præter hunc rupisse generaliter existimandus est, is a cuius manu vel corpore profectum est id quod rupit, seu damnum dedit. Cuius generis sunt hæc: si telum manu emissum fuerit; si quis quod tenebat, miserit voluntate sua, cum retinere posset. *L. si ex plagis*, *§. nam nihilominus*, *L. quemadmodum*, *§. si manu tua*, *D. eod.* Cuius & generis, si quis id posuit, quod decidens damnum dederit, ut si ex plaustro lapis cadat, plaustrarius tenetur. *L. si servus servum*, *§. si ex plaustro*, *D. eod.* Lapis enim ab eo positus est. Cuius generis est postremo, si quis quid fecit, in quod alius incidens damnum sentit, ut si foveas fecit, ubi non oportebat, *L. qui foveas*, *D. eod.*

Contra vero caussam damni dedisse intelligitur, quoties aliena vi res rupta est, aliquis autem vi externæ initium & caussam dedit. Hæc definitio obscurior generibus explicatur † his, quantum notare 3
potui. Primum genus est eorum, qui occasionem damni dant, non damnum. Si quis efficiat, ut reus sua vi se interimat aut lædat. Exemplum: si quis animal agitaverit, ut se præcipitaret. *§. ult. Inst. eod.* Item aliud: si quis venenum pro medicamento dederit, ut quis ipse sibi offerret. Aliud est, si quis propinet venenum. *L. 7. L. 9. in prin. supr. eod. tit.*

Secun-

Secundum genus est, si quis effecerit, ut nulla vi externa adhibita sponte sua naturali extinguatur: Quod genus, si animal vel hominem inclusum fame necaverit. *L. 9. §. si quis hominem, L. boves, D. eod. tit.. §. ult. Inst. eod.* Tertium genus est, si quis effecerit, ut ab alio quis occideretur vel læderetur. Talis est, cuius impulsu alius læsus est, seu aliquem occidit. Nam qui impulsus est, non tenetur; qui impulit, in factum tenetur. *L. 7. §. proinde, D. eodem.* Talis est, qui alio interimente occisum tenuit. *L. 11. §. si alius D. eod.* Talis est, qui canem irritavit, fecitque ut alium morderet. *L. 11. §. Item cum eo, supr. eod.* Postremum genus est, si quis rem aliquam rupit, qua rupta, alia sua sponte rupta est. Nam in posteriore caussa damni datur. Exemplum: Si vietor dolium pertuderit, & vinum effusum sit, vietor dolum rupit; in vino non dedit damnum, sed caussam damni. & ideo in factum tenetur. *L. si servus, §. ult. D. eod. tit.*

Diximus, quis damnum dedisse intelligeretur, quis occasionem damni, & quantum inter utrumque intersit. Frustra, dixerit aliquis, Iurisconsulti in hac re laborant: quia qui damni caussam dedit, etiamsi directa actione non tenetur, in factum actione tenetur, ut apparet ex omnibus locis, quos in hanc definitionem adduxi. Nihil autem magnopere refert, quæ actio sit, modo aliqua competat. Adde quod hæc actio in factum est utilis ex *L.* Aquilia, quod probabitur ex contentione horum locorum: *§. ultim. Inst. de L. Aquil. L. liber.* 13. & similibus locis, *D. eod. tit.* At directa & utilis actio eandem potestatem habent. *L. antepenult. de neg. gest.* Frustra igitur in hac differentia explicanda tantopere laborant. Res. Directa & in factum actio & utilis eandem vim habent, quoties idem persequuntur: formula enim tantum interest, res eadem est. At in proposito † actio ex *L.* Aquilia, longe aliud
4 persequitur, quam actio in factum. Ex *L.* Aquilia actio pœnam persequitur, de qua mox dicam: nempe duplum adversus inficiantem: item æstimationem præteriti temporis. At in factum actio nihil, nisi damnum persequitur. Probatur ex verbo. Dicitur enim *in factum* quæ comparata est in id quod factum est, non amplius. Præterea Actio præscriptis verbis nihil aliud persequitur, quam quod interest. *L. naturalis, §. 1. de præscr. verb. inf.* at in factum actio idem valet: unde eodem nomine actio in factum appellatur. *L. 1. & seq supr. de præscript. verb.* Hoc est, quamobrem Iurisconsulti de hoc disputant.

Rumpitur res non solum per nos, sed
etiam † per alios. Per nos notum est; Per 5
alios ita: Primo per eum, qui mandavit, ut quid rumperetur, ut in omnibus delictis accidit. *L. liber. 2. D. eod. L. 1. §. deiecisse, D. unde vi.* Secundo cuius servi ruperunt, aut alii quos ad rem tractandam adhibuit, cum noxios esse sciret. Exemplum, *L. si servus, §. proculus, D. eod.* Tertio, cuius servus corrupit, sciente domino & patiente. Nam videtur rupisse qui passus est, cum posset prohibere. *L. in lege 44. in fine & L. sequent. supr. eod. tit.* In hoc loco hæc dubitatio incurrit: Qui rupit, tenetur L. Aquilia. Quid
si plures † ruperint? Exemplum: plures 6
lapidem provoluerunt, plaustrum impulerunt, trabem deiecerunt: utrum omnes tenentur? Visum est omnes teneri, quasi damnum dederint. *L. item mela, §. si plures, D. eod.* Sequens quæstio: si omnes tenentur an uno solvente cæteri liberantur, an omnium delinquentium sua obligatio est? Resp. omnium sua obligatio est, & uno solvente cæteri non liberantur: quia in hac obligatione pœna delicti versatur. Omnes autem deliquisse constat: *L. item mela, §. sed si plur. D. eod.* in quo loco similes quam plurimos locos Accursius citat, & bene hanc regulam iuris
enarrat. Ex hac re alia quæstio † incidit. 7
Plures servi alicuius ruperunt. Sane oportet dominum teneri L. Aquilia vel ut solvat, vel ut noxæ dedat. *L. si servus, §. servi autem, D. eod.* Quæro, utrum dominus singulorum nomine tenetur. An vero semel duntaxat. Proclivius erat dicere singulorum nomine teneri, exemplo liberorum. Caius respondet, non aliter teneri dominum in hac re, quam in furto: idest, perinde teneri, quasi liber homo damnum dedisset. *L. illud, D. ad legem Aquil.* Postremus locus in lege observandus est,

CAP. IV.

Quid quantumque in hanc actionem veniat, seu in huius iudicii condemnationem.

SUMMARIA.

1. *Qualis æstimatio damni facienda sit in actione L. Aquiliæ.*
2. *Num res ex affectione singulorum an communi sit æstimanda.*
3. *Quomodo facienda æstimatio, cum damnum pendet ex futuro eventu.*
4. *In damno æstimando ex L. Aquilia duo singularia, & quæ.*
5. *Adversus inficiantem in duplo esse condemnationem ex L. Aquilia; si tamen actio in simplum competat adversus confitentem: & hoc quale sit explicatur.*
6. *Quid Primum Caput L. Aquiliæ cum Tertio dissimile habeat.*
7. *Cum plures servum vulnerarunt qui postea mortuus est, an omnes de occiso teneantur.*
8. *Conciliatur antinomia* §. Celsus L. item 11. *cum* L. ita vulneratus 51. princ. *verf.* igitur.
9. *An qui pluribus inflictis vulneribus hominem occidit, de vulnerato & occiso an de altero dumtaxat teneatur, & quomodo distinguendum.*
10. *Quid si vulneratus, sed non mortifere negligentia perit, an vulnerans de occiso teneatur.*
11. *Damnum in rebus integris datum actione in factum L. Aquiliæ subsidiaria coerceri.*

Hic observandum est duo capita legis esse; quorum primum pertinet ad ea quæ occisa sunt. Tertium ad cætera damna. In his videndum est: Primo, quid utrumque habeat commune cum altero: ne sit necesse inculcare idem in singulis.
1 Deinde quid sit dissimile. Utriusque hoc † est commune de condemnatione; ut sit actio in id quanti ea res est quæ rupta vel occisa est. Apparet ex verbis utriusque capitis: his verbis significatur, non æstimatio rei ruptæ, sed damni dati: idest & rei æstimatio & utilitatis, quæ propter corruptionem rei amissa est. *L. ait, D. eod. tit. L. si servum, §. penult. D. eod.* Hinc
2 quæstio: si res æstimanda sit, † quid hac in re sequamur: utrum affectionem cuiusque, an æstimationem communem? Placet sequendam esse communem ex *L. si*
3 *servum, D. eod.* Quid si † damnum ex futuro eventu pendeat, quæ condemnatio futura est? Hoc contingit in chyrographo deleto, in quo aliquid debebatur sub conditione. Nam fieri potest, ut conditio existat; fieri potest, ut non existat. Interim quid fiet. Deciditur hæc quæstio, *L. in lege 42. D. eod.*
4 In hac æstimatione damni duo † singularia sunt, præter cæteras actiones. Primum non æstimatur res quanti tunc fuit, cum rupta est; sed quanti fuit, etiam præteritis diebus: alias quanti fuit anno toto proximo: alias 30. diebus. Id quale sit, explicat Iustinianus in §. 1. *de L. Aquilia, Instit.* Hic observanda est primum pœna Legis. Nam si quis damnum tantum consequeretur; consequeretur tantum quanti res fuit, cum rupta est, nihil amplius; quia etiamsi res fuisset antea pluris; tanti duntaxat æstimaretur, quanti tunc est, cum rupta est. Deinde hoc singulare in hac condemnatione. Quod res ita æstimatur quanti est, in confitentem: adversus inficiantem dupli condemnatio est ex omni capite legis Aquiliæ *L. 2. §. 1. L. inde Neratius, §. hæc actio, D. eod.* In quo rursum alia pœna legis est animadvertenda. Nam cæteræ actiones non crescunt infitiatione: imo adversus inficiantes duntaxat dari solent.
Hoc postremum sic accipitur, † inficiantem in duplum damnari, si quid revera 5
ruptum sit: Si nihil ruptum est, inficiatio nihil nocebit ei, qui conveniebatur. De hac ratione diligentius considerandum est: quia ut sit duplum, prius simplum esse oportet. At nullum simplum est, ubi nihil ruptum est: ne duplum quidem igitur. Iurisconsultus. in *L. inde Neratius §. ult. & LL. sequentib. D. eod. titul.* hoc loco obiicit: Adversus confitentem actio est in simplum inquimus: sed hæc præcedere non potest adversus falso confitentem: Nam cum nulla actio est, & nullum iudicium esse potest. Namque iudicii exitus, condemnatio aut absolutio: hic neutrum est: non absolvitur qui confitetur, non condemnatur. Item hæc adversus confitentem ita explicanda res est. Iudex non datur rei iudicandæ caussa, sed æstimandæ, si forte actor pluris litem æstimet, quam reus confiteatur. Hæc est ratio, & veluti occupatio Ulpiani adversus superiorem obiectionem. *L. proinde 2. D. eod. tit.* hæc communia utriusque capitis.
Hoe † dissimile est in utroque capite 6
L. Aquiliæ, quod in primo servis aut pecudibus occisis, sit condemnatio quanti res fuit anno superiore toto: *L. 2. D. eod.*

eod. Tertio autem capite ex cæteris damnis non æstimatur res, nisi quanti fuit triginta diebus proximis *L. si servus*, §. 3. *D. eod.* Hinc apparet plurimum interesse, utrum pecudes occisæ sint, an ruptæ duntaxat: itemque utrum servus sit occisus, an vero ruptus aut vulneratus duntaxat. Hoc posito, ex hac dissimilitudine utriusque capitis hæ quæstiones natæ sunt.

7 Primum † plures servum vulnerarunt, qui tandem mortuus est: quæro, utrum de occiso an de vulnerato tantum teneantur, postquam plurium interest? Est de hac re hæc distinctio. Si apparet quis potissimum occiderit: solus hic de occiso tenebitur; cæteri de vulnerato tantum. Id constare potest hoc modo: si tantum unum vulnus sit mortiferum, & constet quis inflixerit. Sciunt enim Medici quæ sint lethalia: veluti si quis diaphragma, aut cerebrum ruperit. Si non constet quis occiderit, sive singulorum mortiferum non sit vulnus: omnes de occiso tenebuntur. Obiiciet aliquis. Atqui fieri non potest, ut omnes occiderint: Resp. Hoc constitutum est, ne delicta maneant impunita: si secus statuemus, impunita erunt. *L. Item mela*, §. *Sed si plures*, & §. *sequenti*. Disputatio de hac re tota est Iuliani in *d. L. item*, *D. eod. hic*.

8 Antinomia hæc est: † omnes tanquam de occiso tenentur, inquimus: Imo contra, si quis prior mortifere vulneraverit, posterior aliquis exanimaverit: solus posterior de occiso tenebitur: prior de vulnerato *L. item mela*, §. *celsus D. eod.* Contrarium est, quod Iulianus scribit: *L. ita vulneratus*, §. 1. *D. eod.* Accursius in *L. ita vulneratus*, rem ita solvit: in *L. item mela*, non constitisse, utrum mortiferum vulnus fuerit: hoc ridiculum est. Nam Iurisconsultus non potuit affirmare esse mortiferum, nisi constaret. Est igitur hæc conciliatio locorum: In *L. item mela*, §. *Celsus*, qui posterior postea vulneravit, statim occidit: ob eam caussam solus de occiso tenebitur. Ratio: quia hoc effecerit, ut non intelligi potuerit, an ex priore vulnere servus moriturus esset. Non idem dicendum est, si mortifere vulneratus, postea obrutus sit ruina, vel naufragio perierit *L. huic scripturæ*, §. 1. *D. eod.* At in *L. ita vulneratus*, plures quidem mortifere vulnerarunt: sed statim servus non est mortuus; verum ex intervallo post utrumque vulnus. Id apparet ex §. 1. aperte: quia dicit Iurisconsultus non constitisse a quo occisus sit: Hic optima ratio est, cur omnes teneantur de occiso: quia non potuit intelligi utrum magis ex priore vulnere an posteriore interfectus fuerit, quia utrumque mortiferum vulnus fuit.

Secundo ex ea re quæsitum † est, quid si idem plura vulnera inflixerit? utrum tenebitur ex omnibus & de occiso & de vulnerato, an de altero tantum? Distinguendum est: si primo vulneravit quis mortifere: deinde, post ex intervallo occidit: tenebitur dupliciter & de occiso & de vulnerato, quia plura sunt delicta. Quod si semel occiderit, pluribus vulneribus inflictis: tenebitur duntaxat de occiso *L. Illud*, §. *ult. D. h. t.* Postremo quæsitum † est: qui mortifere læsus non erat, negligentia deinde periit: qui vulneravit, an de occiso tenebitur. Initium spectandum est, non casus, & ideo de vulnerato duntaxat tenebitur, non de occiso. Verum est enim vulnus non fuisse caussam eius mortis. *L. qui occidit, in fin. D. eod.* Hæc fere summa est eorum, quæ in hac lege observanda sunt, 9 10

Ad postremum hoc notandum, apparet ex his, quæ diximus, non omnia damna L. Aquilia vindicari. Nam L. Aquilia vindicatur tantum, cum res deterior facta est: At fieri potest, ut re integra damnum patiamur, ut si quis animal nostrum compeditum solverit. Resp. cum res nobis abest, damnum est, tamen ad legem Aquiliam non pertinet. Nam non est rupta: ob hanc caussam, quæritur an tantum hoc damnum sit ex Aquiliæ L. actione; utrum cæterorum damnorum sit Aquilia actio. Quod taliter definitur: Quæcunque damna sunt nobis ab aliis, iure civili tenentur; quæ lege Aquilia non vindicantur, vel ex verbis vel sententia, † in factum actione tenentur: de hac actione in factum est apud Iustinianum *in fin. tit. de L. Aquil Inst.* Huc pertinet *L. in laqueum*, *D. de acquir. rer. dom. L. si servum*, *supr. eod.* Itaque licet ita colligere, duplex damnum esse, unum cum res nostra corrumpitur: alterum, cum re salva effectum est, ut nobis ea res abesset. Exemplum illud, quo supra usi sumus: Aliud exemplum, si quis nummos mihi excusserit de manibus, ut ad alium pervenirent. *L. si servus*, §. *si quis*, *D. eod.* Si quid ruptum est, & aliquis rupit, L. Aquilia tenetur; si caussam rumpendi dedit, tenetur ex sententia legis. Actio in hoc genere est in factum: eadem utilis *L. boves*, *supr. ad L. Aquil.* §. *ult. Instit. de L. Aquil.* Rebus autem integris in factum actio est, non utilis. Id sic interpretamur in factum: nata ex Iurisdictione prætorum, non ex interpretatione legis effecta, *L. quia actionum*, *D. de præscript. verb.* 11

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. DIG. DE REB. CREDIT. SI CERT. PET.

CAPUT I.

Titulum *De rebus creditis*, generalem esse: & An nulli sint in Pandectis tituli generales.

DE REBUS CREDITIS.

SUMMARIA.

1. *Tituli generales in Pandectis.*
2. *Tit.* De iudiciis, *significatione verbi generalis, & totius partis secundæ Digestorum.*
3. *De iudiciis, idest, de actionibus.*
4. *Ordo & progressus Pandectarum.*
5. *Iudicium in titulo* De Iudiciis *non significat legitimam disceptationem, qua de re iudicatur, ut in definitione actionis.*
6. *Tit.* De Iudiciis *Iustinianus nominatim toti parti secundæ attribuit.*
7. *Ex Titulis primis specialibus cuiusque partis Pandectarum, ipsas partes nequaquam esse appellatus. & num.* 9.
8. *Partes Pandectarum cur uno nomine quædam appellentur, quædam non appellentur. & nu.* 22.
9. *Tit.* De rebus creditis, *significatione verborum, & auctoris sententia generalis, ac totius partis tertiæ.*
10. *Partem tertiam cur vocet Iustinianus in sua constitutione,* De rebus.
11. *Tit.* de rebus creditis *eodem modo usurpat Iustinianus, quo usurpatus est in edicto perpetuo, utque in hoc fuit generalis.*
12. L. 1. De rebus creditis *interpretatur titulum totius partis tertiæ.*
13. *Tit.* C. De rebus creditis *generalis.*
14. *Hæc verba*, De rebus creditis si certum petetur, *non sunt coniunctim legenda, ut sit una oratio: vetat ratio sermonis.*
15. *Vetat membrorum disiunctio.*
16. *Vetat argumentum subiectum, cui hæc coniunctio non potest convenire.*
17. *Contractus verbo non continetur omnis obligatio: minime autem maleficia.*
18. L. omnem, D. de iud. *explicata.*
19. *Creditarum rerum verbo nec maleficia, nec quasi contractus continentur.*
20. *Pars quinta* Pand. *vocatur*, De testamentis.
21. *Partibus quibusdam Pandectarum cur generalia nomina indita, quibusdam non indita.*
22. De rebus creditis *Tit. etiam ad edictum de iureiurando pertinere, quia iureiurando contrahatur.*
23. *Indebiti condictio ex contractu, ideoque & ex genere rerum creditarum.*
24. *Ob caussam condictio ex contractu.*
25. *Generalis titulus alicuius partis non eo minus, quod sub eo sint aliqui alieniores.*
26. *De iudiciis pars cur non contineat* in Pandect. *omnes actiones, &* De rebus creditis, *cur non contineat omnia ad res creditas pertinentia.*
27. *In Tit.* De iudiciis, *item* De rebus creditis *quid iudicandum de scriptura Florentina.*

OMnes Interpretes prope ad unum docent, & iudicio meo recte docent, in hac inscriptione *De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione*, duos esse titulos; generalem unum, specialem alterum. Generalem illum, *De rebus creditis*, pertinentem ad partem totam tertiam, non ad eum tractatum tantum, qui proxime sequatur: Specialem hunc, *si certum petetur, & de condictione*, qui indicet quid in proxima sectione agatur; propositum non de contractibus in universum, sed de mutuo tantum & de certi condictione. Quod & pro-

& probans Alciatus, cum obscurius traditum esset a prioribus, hoc loco dilucidius & certius exposuit. Ac sunt in hac sententia ita omnes, ut nemo sit ex his, qui cur de eo dubitaret, etiam caussam se habere sit suspicatus. Et merito: norant enim, quid de hac parte scriberet ipse Iustinianus cum in procemio Digestorum §. *in secundo*, tum in *L.* 2. §. *in tertia*, *C. de vet. iur. enucl.* quem diserte utroque in loco diceret tertiam partem appellari, *de rebus*. Non dixit ille quidem de rebus creditis: sed concisa oratione id ipsum significavit: quod fecit brevitati studens, quia sciebat ex ipsa inscriptione, quæ ei parti præfixa erat in Pandectis, aut quam iam ante prægigi volebat, promptum cuivis esse id intelligere, ut cuius initium hoc esset, *De rebus creditis*. Nec vero quisquam fuit Interpretum tam imperitus, qui aliter eam appellationem *De rebus* apud Iustinianum acciperet: cum res ipsa ostenderet in hac parte tertia non agi de rebus simpliciter, idest, de rerum qualitate, divisione, vel acquisitione; sed de rebus creditis, seu de contractibus. Videbant præterea, quid de hoc titulo *De rebus creditis* statim initio tituli proximi scriptum esset in *L.* 1. hunc nimirum generalem esse, & ad omnes contractus pertinere; proinde & ad eos generaliter, de quibus in hac parte agatur. Frustra id, & plus quam inepte, nisi in hac inscriptione est huiusmodi aliquis titulus, & is generalis. Neque enim quidquam ad rem pertinet, si quis dicat talem fuisse olim in edicto perpetuo, si hoc loco in Pandectis nullus talis proponitur. Primus nostra ætate rem in dubium vocavit Antonius Augustinus secutus Pandectarum Florentinarum lectionem. Nam is *lib.* 3. *emendat. cap. ult.* in extremo reprehendit Haloandrum, quod & hic, & in parte secunda initio inscriptiones ita distinxisset, ut duos titulos faceret separatos, unum generalem & totius partis sequentis, alterum specialem, qui tamen ambo in utraque parte coniungerentur in Tusco Codice, & ita utramque inscriptionem reponendam monet, ut utrobique fiat unus titulus. Quod non faceret, si in his inscriptionibus ullum titulum generalem a speciali distinctum esse iudicasset. Hoc quidam alii postea secuti, cum animadverterent cæteris partibus partim nullum nomen ne a Iustiniano quidem attributum esse, partim si quod esset, tamen eum titulum omissum esse in Pandectis Florentinis, ut in quinta parte, ubi non præscribitur titulus De testamentis; iverunt longius, & in universum ita statuerunt, nullos esse in Pandectis titulos generales. Id an ita sit; etsi parum ad ius fortasse, vel potius ad farinam, ut quibusdam videbitur; quia tamen ad sententiam huius tituli & similium cognoscendam pertinet, age si placet, quod necesse sit, consideremus. Hanc quidem explicationem cum & tituli & susceptæ interpretationis ratio postulent, non potuit a me hoc loco sine manifesto vitio prætermitti. Quæ si habebit contrariæ sententiæ refutationem, ut & alia multa in scriptis nostris, venia dabitur necessitati: nam quomodo aliter veræ confirmationem consequi potuimus? Et certe si verum, quod tam multis videtur, oppugnare quidam in hac re sibi permittunt, cur nobis id contra defendere non liceat, non animadverto. Quod si quis est, cui disputatio non placebit, prætereat, ut sibi non necessariam, & mecum faciet. Sed si alii cognoscere & rem sibi probari volent, patiatur his quoque satisfieri a nobis: quanquam disputatio ipsa tota, spero, suo fructu & vario non carebit. Scribunt ergo nonnulli nullos titulos in Pandectis esse generales.

Non persequar hoc loco diligentius minus generales † quosdam, ut De iurisdictione, De in integrum restitutionibus, De servitutibus, De pignoribus, De tutelis, De bonorum possessionibus, De interdictis, & similes aliquot; quos tamen generales esse verecunde inficiari non possumus: cum de genere toto scripti sint, & adiunctis aliis specialibus eidem generi subiectis sive qui præcedant, sive qui sequantur, ita scripti, ut ad speciales omnes plane referantur, utpote in quibus generalia quædam ad omnea species vel præcedentes, vel sequentes pertinentia tradantur. Dicam de duobus ipsarum partium integrarum titulis, de quibus maiorem controversiam esse video: De iudiciis, qui titulus est primus secundæ partis; & de hoc titulo De rebus creditis, qui primus est tertiæ. 1

Aio Titulum, † *De iudiciis*, qui præfixus est parti secundæ Pandectarum, distinctum esse ab eo, qui coniunctus eodem contextu legitur in Pandectis Florentinis, *ubi quisque agere vel conveniri debeat:* hunc quidem specialem esse, illum autem, *De iudiciis* esse generalem, & titulum totius partis secundæ, minime autem proprium eius tractatus, qui proxime insequitur. 2

Nempe quia titulus, De iudiciis, in ea inscriptione valet † de actionibus, de quibus non agitur in proximo titulo, sed in sequen- 3

sequentibus, & quidem ita, ut sit hoc argumentum totius partis: & praeterea, quia Iustinianus huius tituli & compositionis totius auctor hunc titulum toti parti attribuit, eamque quoties eius mentio incidit, *De iudiciis* nominari ait, *d. L.* 2. *§. secundus, C. de vet. iur. enu.* & in procemio Digestorum *§. in secundo*. Si titulus superior de iudiciis significat, *de actionibus:* dubitari non debet, quin ad totam partem, nullo autem modo ad proximum tractatum pertineat, eoque generalis sit titulus, non specialis. Id autem eo titulo significari, & in eo hunc esse sensum sive Iustiniani sive compositorum, usque adeo ex his quae in Pandectis praecedunt, quaeque sequuntur, manifestum est: ut attendenti prope res dubitationem non habeat. Quid enim proponitur ad futurae compositionis & tractationis ordinem iam a principio ex titulo *de stat. homin. L.* 1. *&* 2.

4 Omne nimirum ius, quo utimur, † vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Itaque cum hominum caussa omne ius constitutum sit: fore, ut primo de personarum statu, ac post de caeteris ordinem edicti perpetui secuti, & his proximos atque coniunctos applicantes titulos, ut res patitur, compositores dicant. Et quidem deinceps quoad licuit hunc ordinem secuti sunt, ut ex progressu apparet. Nam & de statu personarum prius dixerunt aliquot titulis, & deinde de rerum divisione & qualitate. Quibus ex partitione proposita expositis, si ad tertium membrum progredi vellent, restabat, ut dicerent non de iudiciis, idest, disceptationibus quae fiunt apud iudices, seu de forma & ordine rei nostrae apud iudicem persequendae, nam de his nihil erat propositum: sed de iudiciis, idest, actionibus, quod tertium erat membrum propositae divisionis. Quod & fecerunt, sed hanc tractationem solum exorsi a secunda parte Pandectarum: cum enim de actionibus sic agere instituerent, quatenus ad rem conferuntur, idest, quatenus his iudicio agimus iuris nostri obtinendi caussa, quam ad rem illae sunt comparatae: ideo in prima parte quaedam praemiserunt futurae actionis velut initia, quae quodque iudicium aut semper, aut ut plurimum praecedere oporteret, sine quibus frustra de movenda actione cogitaretur. Sic deinde his cognitis, de iudiciis ipsis, idest, ut erat propositum, de actionibus agere coeperunt. Id quod si ab illis nusquam factum est: neque partitioni a se propositae, neque promisso satisfecerunt: quo nihil dici potest aut re vitiosius, aut cogitatione ab iis alienius qui eandem partitionem cum in Institutionibus sibi proposuissent: eius partes diligenter & attente ad extremum sunt persecuti: ut incredibile sit eos in magno & accurato opere non fecisse, quod in leviore bona fide servaverant. Quod si usquam ab illis de actionibus agi coeptum est, cum nusquam alibi coeptum sit: ubi tandem id factum reperietur, nisi in ea parte secunda, quae est de iudiciis? Et vero id ita fecerunt: quod species actionum sigillatim deinceps expositae evidenter probant. Nam cum actionum duo genera sint, unum in rem, alterum in personam: *L. actionum, infr. de ob. & act.* prius actiones in rem exsecuti sunt, quod fecerunt in secunda parte: atque ea in his explicandis prope tota consumitur. Post generum ordinem secuti, egerunt de actionibus in personam: ac prius de his, quae ex contractu nascuntur: in quo cum necesse haberent species contractuum exponere, & hoc ipsum praestiterunt; idque est, quod agere instituunt in hac parte tertia, quae ob id & *De rebus creditis* inscripta est, idest, de contractibus. Ut ergo propositae partitionis ratio hoc exigebat, ut prioribus partibus cognitis, ordine ageretur de actionibus: sic ordo in caeteris partibus persequendis a compositoribus servatus, tum tractatio sequens ad tertii membri explicationem accommodata, luce clarius ostendunt, hoc ipsum & illos in hac parte servasse, & a secunda parte Pandectarum initium fecisse de tertio membro dicendi, idest, de actionibus, quas iudicia nominarunt: non nova aliqua aut minus usitata verbi significatione, sed ita trita, ut nihil sit in usu iuris, & veterum scriptis frequentius. Hinc in edictis praetorum promiscue, *actionem dabo, & iudicium dabo*, pro eodem usurpantur. Et in quo edicto praetores iudicium pollicentur, in eius interpretatione Iurisconsulti id iudicium *actionem* sine discrimine nominant. Ut in edicto suo pollicentur Ædiles se ad redhibendum, & quanto minoris iudicium daturos *L.* 1. *infr. de ed. ed.* quam tamen actionem redhibitoriam, & actionem quanto minoris a Iurisconsultis eius edicti interpretibus passim dici constat. Hinc iudicia bonae fidei, stricti iuris, & arbitraria dicta pro actionibus bonae fidei, stricti iuris, & arbitrariis passim legimus *§. actionum autem, iuncto §. in bonae, Inst. de act. L. in actionibus, infr. de in lit. iur.* Hinc in hoc *iudicio*, & in hac *actione* pro eodem Exemplis plena sunt omnia. Quod si titulus De iudiciis sic accipitur, ut sit *de actionibus:* non potest omnino, quin sit generalis, & parti toti secundae attri-

attribuatur, qui verbo generis complectitur actiones omnes, eoque & generaliter eas de quibus ex professo in ea parte agitur.

Neque vero isti audiendi sunt, qui *iu-*
5 *dicii* verbo in ea inscriptione significari † volunt disceptationem legitimam, qua apud iudicem inter duos pluresve de re controversa iure contenditur, ut sic deinde specialem titulum esse efficiant, & talem, cui solus sequens proximus tractatus conveniat, *ubi quisque agere vel conveniri debeat*. Nam praeterquam quod & ab instituta partitione, & a tractatione actionum subiecta plane abhorret: (quod vitium ne in stultissimo quidem scriptore ferendum sit) etiam hanc significationem accipi ipse numerus verbi prohibet. De iudiciis enim dictum est numero plurali, quo plura & diversi generis iudicia significantur: Id quod de actionibus recte dicitur, quae multae sunt & variae, nec minus specie, caussis, & fine inter se discrepantes. Quod si disceptationem illam compositores intelligerent: *de iudicio* dici oportuit, non *de iudiciis:* quoniam iudicium cum disceptationem legitimam significat, genere, & partibus ubique unum est in rebus privatis; neque aliud est, cum actione in rem agitur, aliud cum actione in personam; sed in utroque genere pariter litis contestationem, caussae cognitionem, & sententiam iudicis desiderat, iisdemque rebus perficitur. Tum autem nec si hoc sensu accipi eum titulum placeret: efficitur titulum esse specialem, ut volunt; sed potius hoc dicitur, esse generalem pertinentem non ad iurisdictionem tantum iudicis, & forum competens, de quo primo titulo agitur, sed ad omnes partes iudicii illas quas modo dixi, litis contestationem, caussae cognitionem, sententiam iudicis; ut de his non alio loco, quam sub eo titulo agi debuerit. Nec ad minuendam generalitatem eius tituli quidquam proficiet, si quis dicat de his partibus hic tractatum non esse. Hoc enim non facit, quominus titulus sit generalis, sed ut accusentur potius compositores: quod cum generali verbo iudiciorum de totius iudicii ordine & forma se dicturos polliciti essent, tantum dixerint de foro competenti, & alias iudicii partes omiserint. Nec recte dicetur compositores in eo titulo non simpliciter esse pollicitos se de iudiciis esse dicturos, sed hactenus, ut solum quaeratur, ubi quis agere vel conveniri debeat, quae reliqua pars est eiusdem inscriptionis. Hoc enim dici posset, si ita fuisset inscriptio: *De iudiciis, ubi quisque agere vel conveniri debeat*. Nunc autem inscriptio ita est, *De iudiciis, & ubi quisque agere vel conveniri debeat:* ubi coniunctio, &, ista copulans, ostendit diversas res simul hic proponi, iudicia videlicet, & in his eam partem, quae est de foro competenti: illa generaliter & infinite; hanc de specie vel parte ad iudicium pertinente. Atque haec de significatione verborum tituli dicta sunt, quae eiusmodi est, ut generalitatem tituli dilucide arguat.

Quod si de significatione verborum ambigeretur, tamen quaestio tollitur, si qualem velit † Iustinianus hunc titulum esse, 6
& quid de eo sentiat, declaret. Ipse enim huius tituli ac totius Pandectarum compositionis auctor est; aut si malumus, ita auctores sunt compositores, ut eorum sententiam approbando Iustinianus suam faciat, ut ipse testatur in *L. 1. §. omnia, C. de vet. iur. enuc.* In oratione ambigua non utrunque dicit, qui loquitur, sed id solum quod voluit. *L. 3. infr. de reb. dub.* Constat autem Iustinianum hunc titulum De iudiciis (de iudiciis, inquam, simpliciter, non de iudiciis, & ubi quisque agere vel conveniri debeat) non proprium unius alicuius tractatus, qui in parte secunda explicetur, sed communem totius partis secundae fecisse, ut qui hunc toti parti tribuerit, & nominatim ac saepius dicat eam appellari de iudiciis. *d. L. 2. §. secundus, C. de vet. iur. enu. alias de confir. D. & in d. proae. D. §. secundo.* Quin ergo generalis sit, & totius partis ex sententia auctoris seu auctorum, dubitari nullo modo oportet. Quod si aliter generalis esse posse non videtur, quam si significet de actionibus, de quibus in ea parte agitur: etiam id ipsum sensisse vel Iustinianum vel compositores existimare debemus. Denique quamcunque rationem huius appellationis ferre possumus, dum hoc maneat, quod certum est, titulum ab auctoribus ipsis toti parti secundae adsignatum esse, non uni alicui tractatui eius partis specialiter attributum. Quod cum tam dilucide & saepius ab illis factum sit: nemo iuste mirabitur, si saepe sum miratus (quod quidem ego nunquam satisfacere potui) quid illis venerit in mentem, ut nihilominus generalem & totius partis titulum esse negarent. Sciebam enim legisse eos Iustiniani de compositione Pandectarum, & singularum partium appellationibus constitutiones. Nec mihi occurrebat, quid adferre possent, cur negarent titulum generalem esse, quem Iustinianus totius partis titulum esse, aut

quo

quo totam partem appellari diceret. Nam ut dicatur fortasse Iustinianus non recte hoc fecisse, quia non omnibus titulis specialibus eius partis is titulus conveniat: utcunque ferri potest apud eos, qui non omnia hic recte disposita, aut suis & propriis nominibus notata esse agnoscant. At ut negemus a Iustiniano generalem factum esse, quem toti parti adscribat, seu quo dicat partem ipsam secundam nuncupari, hoc vero mihi ferendum non videbatur. Video tamen hic rationem illis esse inventam, qua se expediant. Aiunt enim titulum de iudiciis primum titulum esse, & eum specialem secundæ partis: verum ab hoc totam partem esse appellatam: ita fieri, ut specialis semper maneat, ut est initio constitutus, etsi ex uno tota pars nominetur. In quo hæc habeo quæ respondeam. Primum nego hunc titulum esse titulum primum simul & specialem secundæ partis. De quo si dubitaretur, tamen male sumunt ad sententiæ suæ confirmationem id, quod est in controversia. At id ipsum est, de quo nunc quæritur. Ego autem abunde supra demonstratum arbitror titulum *De iudiciis*, generalem esse & totius partis, non autem specialem. Quod si ita est, ab hoc & eo primo titulo pars ipsa nominata dici potest; a speciali nuncupata dici non potest, ubi eum titulum generalem, non specialem esse constitit.

7 Nego præterea Iustinianum † ex primis titulis cuiusque partis partes Digestorum appellare, quo quid potest esse certius? Quarta pars titulum primum habet, De pignoribus: sexta primum, De bonorum possessionibus: septima primum, De verborum obligationibus. Nulla tamen ex his titulis apud Iustinianum nominatur. Ac ne quis ideo fieri putet, quia Iustinianus nullum his omnino nomen indiderit, proponat sibi quintam partem: hanc ille in eadem constitutione, *De testamentis* appellari scribit. *d. L. 2. §. quintus, C. de vet. iur. enucl.* Huius tamen titulus primus in Pandectis Florentinis est: *Qui testamenta facere possunt*. Nam de testamentis titulus omissus est. Non ergo ne hæc quidem pars, quanvis commune nomen habeat, ut secunda & tertia; ex primo titulo eius partis speciali, qui est in Pandectis, nominatur. Et cur secundam aut tertiam partem ex primis titulis specialibus appellaret potius, quam cæteras, cum cæteræ non minus Pandectarum sint partes, nec minus singulæ suos quæque titulos primos habeant? Hic istis mirabilis exoritur ratio ad differentiæ explicationem. Pars, inquiunt, secunda, & tertia, Iustiniani constitutione, quæ est Procemium Digestorum, iubentur singulæ tradi auditoribus iuris continuata serie ab initio usque ad finem, nullo, ut constitutio loquitur, penitus derelicto. Hæc tradendi ratio facit, ut a primis suis titulis appellentur: itaque secunda a primo titulo vocetur de iudiciis, similiter a primo titulo tertia de rebus. Eademque esset ratio cæterarum, si æque ac tres primæ traderentur integræ uno tenore. Nunc autem reliquæ ea constitutione ita tradi non iubentur, sed traduntur earum libri auditoribus sigillatim & abrupte: unde & singulares nuncupantur: ideo a primis titulis nomen non acceperunt. Quasi vero ut pars aliqua vocetur a primo titulo, aut non vocetur, quidquam referat, qua serie uniuscuiusque partis libri tradantur auditoribus. Si primus titulus ad alios omnes ei parti subiectos generaliter pertinet: an dubitamus ab eo totam partem recte vocari, etiam si quæ re coniuncta sunt, non una serie & uno velut contextu a præceptore tradantur? Et contra si titulus primus nulla ratione coniunctus est cum sequentibus: an magis intelliguntur coniungi, quia continuata serie traduntur? Quod si nihilo magis coniunguntur, quæ ista ratio est reliquis tribuere id nomen, quod eis re ipsa non magis convenit? An ignoramus, quod recte scriptum est in *§. est & aliud, Inst. de don.* nomina rebus consequentia esse debere? Quid autem de coniunctione, aut disiunctione mutat Doctoris explicatio, cum coniunctos titulos, & in una cognitione positos liceat separatim tradere & audire; disiunctos autem ac minime cohærentes uno tenore & continua serie tradere liceat? Fatendum est igitur quod res est, totam hanc rationem divinationem esse, eamque, non ausim dicere nugatoriam, sed tamen quæ nulla ne probabili quidem ratione nitatur, obiectam tanquam nubeculam lectorum oculis, ne quod in hac re verum est, possint cernere. Mihi quidem viris doctis indigna videtur. Cur ergo quædam partes Pandectarum uno nomine appellantur, quædam non appellantur?

Vera ratio hæc † est, quod quædam nomen & titulum generalem admittunt, 8 quædam non admittunt. Quædam enim continent res unius generis, proinde & uni nomini subiectas, quo etiam nomine appellantur; quædam, res ita genere diversas, ut sicut uni generi, sic uni nomini subiici non possint: quod cum fit, eas nomine carere necesse est. Prioris generis,

neris est pars prima, quæ principia iuris & actionum initia continens, vocatur a Iustiniano accommodato ad eam rem nomine τὰ πρῶτα. Pars secunda, in qua cum iudicia, seu actiones tractari incipiant, sitque id argumentum eius partis: recte & convenienti nomine appellatur, *De iudiciis*. Pars tertia, in qua quia de contractibus agitur, hinc & nomen rei conveniens *De rebus creditis*, idest, contractis, seu de contractibus. Pars item quinta, in qua & ipsa de uno genere rerum agitur, nempe de testamentis, & rebus ad testamentum pertinentibus: ex quo & appellatio, *De testamentis*. Posterioris generis sunt reliquæ partes, quæ quia singulares minimeque cohærentes tractatus habent, ideo uno communi nomine designari non possunt. Nihil igitur minus verum est, quam ex primis titulis singularum partium specialibus cum reliquis titulis nihil commune aut coniunctum habentibus partes ipsas Digestorum a Iustiniano aut compositoribus nominari. Quapropter licet iam convertere argumentum, & colligere hoc modo: Non appellantur partes Digestorum ex primis titulis specialibus cuiusque partis; atque adeo absurdum est, minimeque consequens eas ex his appellari, ut quorum nomina parti universæ, idest, rei cui imponuntur, nullo modo conveniant. Constat tamen nomen *De iudiciis* parti ipsi secundæ toti tribui, eamque appellari, *De iudiciis*. Non est igitur hic titulus *De iudiciis* specialis. Licet etiam hoc modo: Non appellat Iustinianus partes singulas Digestorum uno nomine atque uno titulo, nisi cum ei nomini & titulo pars tota subiici potest, ut sit titulus parti conveniens, idest, communis & generalis. Appellat autem secundam partem uno nomine, *De iudiciis*. Est igitur is titulus generalis, non specialis. Restabat hoc loco, ut obiecta quædam diluerem, quibus se moveri ostendunt contrariæ sententiæ auctores, ut hunc titulum negent esse generalem. Sed cum ea non minus ad titulum *De rebus creditis* pertineant: melius erit hanc responsionem in eam partem differre, ut cum de utroque titulo dixero, tum quæ adversus utramque interpretationem communiter dicuntur, semel quoque & coniunctim explicentur. Venio igitur ad titulum, *De rebus creditis*. Et quod dixi de inscriptione illa partis secundæ, *De iudiciis, & ubi quisque agere vel conveniri debeat:* hoc idem & de inscriptione hac partis tertiæ statuo, *De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione;* In hac nimirum, ut initio posui, duos esse titulos; unum his verbis, *De rebus creditis*, distinctum ab ea parte, quæ sequitur: alterum his verbis, quæ sequuntur, *Si certum petetur & de condictione:* hunc sine controversia specialem esse, & ad proximum tractatum tantum pertinere; at priorem esse generalem, qui ad totam partem tertiam, non ad proximum titulum referatur. Cuius rei non eadem tantum argumenta sunt, quæ supra, sed & alia ac certiora. Eadem quidem sine dubio hic occurrunt, quæ sunt duo: tituli significatio, & auctoris sententia. Is enim vere titulus generalis dicendus est, qui & significatione verborum talis est, qua nota Ulpianus in *L.* 1. hic generalem titulum æstimat; & quem auctor verbis consentiens talem esse voluit: ut & significatio cum mente loquentis, & hæc cum re congruat.

Horum † utrumque in hoc titulo *De rebus creditis* maxime reperietur. Verba 9 sunt, De rebus creditis. Et *rei* verbum, & *credendi* generale est teste Ulpiano in *d. L.* 1. *Rei* quidem; ut quo res omnes non tantum mobiles, sed etiam immobiles, nec tantum corpora sed etiam iura contineantur *L. rei appellatio, L. pecuniæ appellatione, L. pecuniæ nomine. infr.* de verb. sig. *Credendi* autem, quia hoc verbum contractus omnes complectitur, ut ibidem Ulpianus docet. Itaque de rebus creditis, idem valet ac de contractibus: quem titulum non unius alicuius singularis tituli, sed totius partis esse communem nemo ambigit, utpote in qua tota de his agatur. Ut autem titulus re & significatione generalis est, sic & auctoris sententia. Iustinianus enim compositionis huius, & partium distinctionis, ac singularum appellationis auctor, hunc quoque generalem facit: parti enim ipsi toti attribuit, quam vocat de rebus creditis itidem, ut secundam de iudiciis. *d. L.* 2. *§. in tertia, C. de vet. iur. enucl.* & in proœmio *D. § in secundo*.

Nec nos remoretur, quod appellat tantum *de rebus*, nec addit *creditis*. Ut enim monui initio, ad totum † titulum indican- 10 dum satis habuit prima verba tituli ponere, quia designabat nomen & titulum tertiæ partis, qui qualis esset, cuivis paratum erat sumere ex ipsa eius partis inscriptione. Fuit autem hæc inscriptio, non de rebus simpliciter, sed de rebus creditis. Intelligebat etiam lecta eius partis tractatione periculum non esse, ne quis eum putaret appellare eam partem de rebus tantum, ac non de rebus creditis, cum per-

spicue in ea non de rerum acquisitione & iure, sed de contractibus ageretur. In summa Iustinianus partem hanc totam appellat, De rebus creditis. Itaque nomen hoc toti parti tribuendo, ut te generalis est, sic & generalem ac totius partis commu-nem, suo ipsius testimonio facit. Nec unquam dixeris nihil prohibere, quominus titulus hic sit specialis ac proprius subiecti tractatus, & tamen ex eo pars tota appelletur, quia sit primus: Iustinianus autem ex primo titulo quamvis speciali partem appellet. Nam ut hic quoque attingam, quod supra refutavi pluribus: nunquam committeret Iustinianus, ut rem non suo nec conveniente nomine appellaret, cum sit hominum vel illustrorum vel imperitorum id facere; certe hæc coniectura in homines doctos & intelligentes non cadat, qualium opera in Pandectis componendis ille est usus; nunquam autem titulus specialis & ab aliis omnibus diversus toti parti conveniat. Nec collocatio eius tituli de re quidquam mutat. Detur enim, exempli gratia, titulus de mutuo; sit is ordine primus licet: nunquam ordo efficiet, ut depositum, commodatum, emptionem, & alios multo alieniores contractus contineat. Quomodo ergo ex eo titulo nominet eam partem, in qua de his rebus tractatur? Quod si faceret, nihilo faceret rectius, aut minus ridicule, quam si de asinis tractaturus, de bobus titulum faceret; aut tractaturus de calcaria, propter colorem calcis de fullonica scriberet. Sed & Iustinianum ullam partem ex primo titulo eius partis speciali non appellasse, argumento sunt omnes reliquæ partes, quæ apud eum communi nomine carent: habent enim omnes titulum suum primum. Cum tamen nullæ commune nomen quod rebus conveniret, admitterent; nusquam ita desipuit, ut ullam earum non dico appellaret ex primo titulo speciali, sed etiam vel tantum designaret. Quod quale esset, & quam rationem in quibusdam appellandis, quibusdam non appellandis secutus esset, abunde supra exposui. Convenit ergo Iustiniani voluntas ac sententia cum verborum significatione in hoc quoque titulo, *De rebus creditis*: facitque utrunque, ut quemadmodum titulum De iudiciis his argumentis generalem esse diximus: sic & hunc iisdem rebus non minus generalem & totius partis esse existimare debeamus. Sed accedunt & alia etiam certiora. Nam titulum, *De iudiciis*, nusquam legimus a prætore fuisse ulli parti edicti præmissum, in qua De iudiciis, idest, de actionibus ageretur: ut dici posset Iustinianum hoc exemplum secutum idem servasse in Pandectis: multoque minus usquam in parte secunda de significatione eius tituli relatum est illum esse generalem. At ne de his in hoc titulo liceat dubitare, utrumque de eo nominatim consignatum habemus in *L. 1. hoc tit.*

Testatur enim illic Ulpianus veterem esse titulum *De rebus creditis*, natum a prætore; præmissum autem † ut generalem iis 11 edictis, quibus ius de contractibus variis proponebatur. Eundem & ipse generalem esse non solum dicit, sed etiam probat ex *credendi* definitione, & verbi *rei* significatione. Quid hæc, dixerit aliquis, ad probandum, quod institutum est, cum hic non de titulo prætoris, sed Iustiniani quæratur? Nempe hoc efficiunt, si Iustinianus in hac inscriptione eodem titulo atque eodem sensu usus est, fieri non posse, quin titulus ut apud Prætorem in edicto perpetuo, sic apud Iustinianum in hac parte publico etiam veterum testimonio sit generalis. Atqui horum utrumque fecit Iustinianus, & quidem ita aperte, ut nihil apertius. De verbis nulla est quæstio: utrobique enim idem titulus, *De rebus creditis*. Eodem autem sensu illum usurpasse hæc verba, eius factum & testimonium non obscurum palam ostendit. Ut enim prætor hunc titulum præmisit ei loco, sub quo edicta de contractibus variis inserta erant, quo nomine & generalis ab Ulpiano dicitur: sic & Iustinianus ei parti, in qua de eodem iure, iisdemque contractibus agebatur. Et ne qua esset dubitatio, num Iustinianus sic hunc titulum præmisisset, ut ad primum tractatum referret potius, quam ad totam partem: aperte hunc titulum non speciali alicui titulo, sed toti parti tribuit, cum hanc appellat *De rebus creditis*: vel potius cum ait eam *De rebus creditis* appellari; quibus verbis declarat non se tantum in ea constitutione, in qua hæc scribit, eam partem ita nominare, ac forte extra eam constitutionem mutare eam appellationem; sed potius cum pars alibi ita nominetur, se hoc testari, & de eo lectorem monitum velle. Is autem locus extra constitutionem alius intelligi non potest, quam ubi proponitur pars ipsa, seu initium huius partis: ubi hic titulus toti parti præmittitur. Non minus hoc probat, quod compositores, & per hos Iustinianus in *L. 2. §. de stat. hom.* profitentur se in iure his libris tradendo ordinem perpetui edicti secutos. Ad hunc ordinem edicti non dubium est pertinuisse titulorum edicti dispositionem, eorumque appellationem, qualis a prætore proposita est. Quare qui in titu-

titulo hoc *De rebus creditis* ordinem & formam edicti se secutos profitentur, simul & se hunc titulum eodem sensu proposuisse, & secutos esse profitentur. Nec quem moverit, quod Hermogeniani verba referuntur in *d. L. 2. de stat. hom.* Hæc enim sub Hermogeniani nomine, Iustiniani verba sunt, qui quidquid in his libris scriptum est, suum esse vult existimari. *L. 2. §. tanta, C. de ver. iur. enuc.*

12 Quid, si etiam quæ † de significatione huius tituli traduntur in *L. 1. hoc tit.* ad eam inscriptionem, quæ hoc loco est, referri debent? an quidquam dubii esse potest, quin illa sit generalis, cum titulum *De rebus creditis* sic illic interpretetur Ulpianus? Atqui ea interpretatio & tota *L. 1.* sic accipienda est, ut ad inscriptionem huius partis referatur. Etsi enim quæ illic scripta sunt, Ulpianus scripsit de titulo *De rebus creditis*, qui erat in edicto perpetuo: tamen cum ea usurpet Iustinianus, & usurpando sua esse velit, ut ante dixi: hæc non iam ex persona Ulpiani accipienda sunt, sed Iustiniani; & eorundum, ut sicut ille vult, sic ista ad eius institutum accommodentur, idest, ad inscriptionem ab ipso propositam. Et certe cum interpretatio hæc ad titulum rerum creditarum præcedentem referatur, ut verba indicant, præcedat autem titulus non edicti perpetui vetus, sed novus partis tertiæ, translatitius tamen, & qui iisdem verbis idem valeat: omnino ad alium quam ad hunc ipsum de sententia Iustiniani interpretatio referri non potest. Quod si ad eum non pertinet, delenda est ex hoc titulo & procul etiam reiicienda tota *L. 1.* non solum ut otiosa, sed etiam ut fallax & erroris tantum obiiciendi caussa posita. Ut otiosa: quia ad hunc titulum nihil pertinet, si in eo nullus est titulus generalis. Quid enim ad rem facit, quod titulus *De rebus creditis* olim in edicto propositus generalis fuit, si hic de quo nunc agitur, non est talis? Ut fallax, & ad errorem obiiciendum tantum comparata: quia cum audimus titulum *De rebus creditis* non solum sententia prætoris, a quo propositus est, sed etiam re & significatione verborum generalem esse, atque omnes contractus complecti: non possumus, si hanc definitionem sequimur, quin statim & eum qui hic positus est, & exstat totidem verbis, eodem modo accipiamus. In quo tamen valde errabimus, si hic non erit nisi specialis. Sed etsi contra pro speciali accipiemus, eveniet, ut incipiamus de definitione Ulpiani dubitare, quasi falsa sit: in quo & ipso rursum errabimus. Quod si in legibus hæc vitia, quoad licet, admittenda non sunt, *L. in ambigua. infr. de legib.* si potius in his ea sententia accipienda, quæ rei gerendæ est aptior: *L. quoties idem, infr. de reg. iur.* nihil relinquitur, nisi ut tota ea interpretatio ab Ulpiano licet translata, tamen ad titulum qui hic præcedit, debeat referri. Iam vero de eo titulo ita scribit Ulpianus, ut eum aperte dicat esse generalem, & declarata verborum significatione confirmet. Quæ si ita sunt, quin titulus *De rebus creditis*, hic ipse, inquam, qui hoc loco proponitur, ut re, sic Iustiniani voluntate, & omnium certissimo testimonio *L. 1. infra*, generalis sit, dubitari non potest. Etsi autem hæc abunde satis esse poterant; tamen quo magis cerni possit certitudo huius sententiæ, conferamus, si placet, cum hoc titulo titulum primum libri quarti Codicis, qui iisdem verbis conceptus est, ac videamus qualis eo loco sit is titulus. Nam eum liber quartus Codicis huic parti tertiæ Pandectarum respondeat, sitque utriusque loci argumentum idem, nempe de contractibus: si ibi compositores titulum *De rebus creditis* generalem esse voluerunt pertinentem ad totum librum quartum, non ad singularem aliquem titulum eius libri: non vereor, ne quis dicat eos non item eum titulum, qui iisdem verbis huic parti præpositus est, generalem esse voluisse, & ad totam partem pertinere: cum absurdum sit dici eodem titulo utrobique præposito, in earundem rerum tractatione non eandem tituli significationem ab iisdem auctoribus retineri: & cum sicubi expediat partes generales totius compositionis certis nominibus notari, quo magis partium distinctio intelligatur, & res a confusione revocetur, id præcipue expediat fieri in Pandectis, in quibus ut in opere maiore & accuratiore diligentior tractatio necessaria sit, & ad partes notandas ac distinguendas designatio certior.

Quæro ergo in hac inscriptione, *De rebus creditis & iureiurando*, qui titulus primus est libri quarti Codicis, utrum putemus his verbis, † *De rebus creditis*, 13
partem tituli specialis, an titulum per se distinctum & generalem contineri. Non dubium vero est, quin titulus specialis, aut tituli specialis pars his verbis non contineatur. Nam si specialis est, ad proximum sequentem solum pertinet. Ad hunc porro pertinere omnino non potest: quandoquidem agitur in eo solum de iureiurando: Iusiurandum autem non est res credita seu contractus; & si esset, amplius tamen

men in eo non agatur quam de uno contractu, non etiam de contractibus. Quid superest igitur, nisi ut qui significatione generalis est, sit etiam re ipsa & illic generalis, atque ad totum librum pertineat, qui specialis esse non potest? Quod si in Codice hæc huius tituli significatio est, ubi totum librum uno nomine appellari minus fuit necesse: quanto magis in Pandectis, ubi omnia ampliora & accuratiora visuntur, ad partem suo nomine designandam, indicandumque partis argumentum, hanc ipsam significationem retineri oportuit? præsertim cum hic titulus fuisset talis in edicto perpetuo, cuius ordinem & formam secutos se in Pandectis compositores testantur in *d. L. 2. supra de stat. hom.* Hæc tam certa si aliquando occurrunt contrariæ sententiæ auctoribus, mirum, ni taciti apud se si non vincuntur veris, at certe interdum tam manifestis moveantur. Et quidem illos aliquando motos esse possumus ex eo facere coniecturam, quod posterioribus scriptis nonnihil de priore sententia remiserunt: non ut mutarent tamen, sed ut latebra quæsita sententiæ, tutius in ea delitescerent.

Cœperunt enim dicere in hac inscriptione, *De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione*, non esse tria membra orationis, primum *De rebus creditis*, secundum. *Si certum petetur*, tertium *De condictione:* sed hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, coniungenda esse, ut efficiatur unum membrum, sicque accipiatur, quasi ita scriptum esset: Si certum petetur de rebus creditis, ut sit sensus hic agi de certi condictione qua de rebus creditis agitur, idest, ut ipsi volunt, de certi condictione generali. Quod cum dixerunt, non modo rem non expediverunt, sed errorem veterem novo & insigniore errore cumularunt. In quo dif-
14 ficile dictu est, † quid primum reprehendatur; utrumne vitium sermonis in hac structura, an coniunctio membrorum, quæ maxime sunt disiuncta, an coniunctorum aliena interpretatio & accommodatio: tot enim sunt, quæ pariter istam coniunctionem repudient. Primum nemo ita loquitur, *De rebus creditis si certum petetur*, ubi intelligere velit, si petatur certum ex rebus creditis seu de rebus creditis. Ad hoc exprimendum rectus & naturalis idemque Latinis cognitus loquendi ordo hic est, ut dicatur, Si certum petetur de rebus creditis, aut, Si de rebus creditis certum petetur: ut utrobique præponatur particula, *si*. Ut autem ad eandem sententiam efficiendam non solum, *si*, postponatur, sed etiam præponatur id membrum, quod posterius esse debuit: si aliena & ab usu loquendi plane abhorrens oratio non est (quanquam est eiusmodi): at certe conversa est, & non sine ridicula elegantiæ affectatione de industria obscurata oratio: quæ cum ab aliis scriptis omnibus, tum maxime a iure quam longissime abesse debet: a titulis præsertim & inscriptionibus, in quibus præcipue simplicem & apertam orationem esse convenit. Neque vero in ea significatione quam isti volunt, ita scribi non debuisse ut hic scriptum est, aliis locis magis ostenditur, quam his titulis quos argumenti loco citant ex Codice Theodosiano, *Si certum petetur de suffragio*, &, *Si certum petetur de chirographis*: in quibus non solum, *si*, particula præcedit, sed etiam tota hæc oratio *Si certum petetur:* cui deinde velut generis præcedentis ad speciem certam restrictio, recte subiicitur caussa, ex qua certum petatur: ut horum argumento si uti placet, omnino converso ordine & conversa structura ita hoc quoque dicendum fuerit, *Si certum petetur de rebus creditis*. Quod si hoc ipsum compositores intelligi voluerunt, licet ex istis quærere, cur cum intelligenter & recte compositores ita loqui possent, maluerint perversa structura ita dicere, *De rebus creditis si certum petetur*. An quod oratio erat dilucidior? At isto sensu ita est, ut ne intelligatur quidem. An forte quia concinnior & elegantior? Et quæ ista est elegantia, non solum quæ rectitudinem sermonis non servat, sed etiam quæ aliud exprimit, quam loquitur? quanquam pueriliter elegantiam sectati essent in conceptione tituli, quem præcipue, ut dixi, simplicem & expositum esse conveniebat. Denique hac oratione, *De rebus creditis si certum petetur*, si hæc verba coniungi, & in his unum contextum esse placet, Latinis non aliud significatur, nisi hic agi de rebus creditis, seu de contractibus, sub conditione si certum petatur, id est, aut hac conditione si contractus certi sunt, aut hac conditione si de certi condictione agatur. Quorum neutrum isti sentiunt: volunt enim in titulo proxime sequenti agi de condictione certi, non de contractibus. Et certe in eo non agitur de contractibus omnino, sive certi sint, sive incerti; quacunque tandem conditione de his agi dixerimus. Agitur de contractu mutui, sed de hoc uno. Agitur etiam de certi condictione, & hæc quidem ex contractibus omnibus certis competit. Sed non ideo de contractibus agi dixeris,

quia condictio non est contractus, etsi ex his nascitur. Alioqui dicendum erit etiam hic agi de furto, de damno dato, vi bonorum raptorum, denique de maleficiis, & quasi contractibus, quia & condictio certi ex his caussis competit: ut tam titulus inscribendus sit non de rebus creditis, sed & de maleficiis, quasi maleficiis, & quasi contractibus. Dicendum etiam in uno hoc titulo esse partem tertiam de contractibus. Quare quominus in hac inscriptione coniungi debeant duo hæc membra, *De rebus creditis, si certum petetur*, ut significetur, si certum petetur de rebus creditis, ratio recti sermonis nullo modo patitur.

Quod ut pateretur: tamen quod secundo
15 loco de hac coniunctione posui, non † debuerunt coniungi hæc membra, quæ maxime disiuncta esse constaret. At quibus rebus id constat? maxime apertis, atque adeo in medio positis, nempe his, quæ ante dixi. Primum quod Iustinianus partem hanc totam nominat *De rebus creditis*. Quod huic parti convenire non potest, si ex hac inscriptione ita nominatur: inscriptionem autem sic accipimus, quasi scriptum esset uno contextu: Si certum petetur de rebus creditis, significeturque his verbis certi condictio, ut accipi volunt. Fingamus enim inscriptionem ita potius conceptam esse, De certi condictione. An quisquam erit tam imperitus, ut putet ex eo titulo partem tertiam de certi condictione nominari posse, cum ex innumeris prope titulis qui sunt in hac parte, nulli sint de certi condictione præter unum primum? Liquet id etiam ex eo, quod in *L. 1. infr. eod.* scriptum est, hunc titulum *De rebus creditis* generalem esse, & contractus omnes continere. Etsi enim Ulpiani definitio est ad edictum prætoris scripta: tamen in hunc locum translata cum sit a Iustiniano, ex persona eius & instituto sic accipiendam esse docuimus; ut ad hunc titulum, qui in Pandectis præcedit, debeat referri. Et quomodo hic titulus generalis est, & omnes contractus continet, si hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, unum membrum efficiunt, & significant, De certi condictione? Nam hoc modo sit titulus specialis, ut qui sit de hac solum actione; condictio autem quæ hoc titulo proponitur, tantum abest, ut contractus omnes contineat, ut ne ipsa quidem sit contractus. Sed hæc mitto, de quibus satis a me antea dictum est, ac volo etiam esse incertiora. At illud incertum aut obscurum esse non potest, quod de his membris exstat in principio libri quarti Codicis, quodque legentibus statim occurrit, duos nimirum illic esse titulos, primum & secundum, quibus hæc membra aperte & ex professo distinguuntur. Primus enim est in hæc verba, *De rebus creditis & iureiurando*: Secundus in hæc, *Si certum petetur*, Fieri potest, ut unus titulus sit de diversis rebus: illud non potest, ut unius eiusdemque rei seu membri duo tituli sint diversi, ambo eidem rei convenientes; sed separati singuli suam propriam significationem habebunt diversam ab eo, qui coniunctus rem unam demonstrabat, ut in hoc titulo facile potest animadverti. Coniungamus enim hæc membra, *De rebus creditis si certum petetur*: ut sit sensus, *Si certum petetur de rebus creditis*; hoc titulo nihil proponitur de rebus creditis, seu de contractibus, sed solum de certi condictione, quæ ex rebus creditis nascitur. Hæc eadem si separes, ac seorsim singula proponas, utroque contraria sententia exprimetur. Illo enim titulo *De rebus creditis*, intelligetur proponi de rebus creditis, nihil de condictione; illo autem altero, *Si certum petetur*, proponetur quidem de certi condictione, sed non de ea quæ competat tantum ex rebus creditis, sed generaliter de condictione, quæ competat ex omni caussa, ex qua certum petitur. An dicemus separari ista membra in Codice, sed coniunctim accipienda esse in Pandectis? Ferri hoc posset, si altero in loco aut diversa verba essent, aut diversi auctores, qui his essent usi, aut argumentum materiæ subiectæ non idem propositum. Nunc cum utrobique eadem verba sint, utrobique auctores iidem, res subiecta ad quam tituli accommodati sunt, eadem: dici non potest in iisdem verbis non eandem esse verborum significationem, nisi auctores aliud sensisse liquido probetur: quod tamen si fieret, nihil aliud probaretur, quam eos illudere voluisse lectoribus, aut a se ipsis turpiter dissentiendo imperitos homines & ineptos fuisse. Non est igitur sine dubio una hic oratio duobus membris constans, *De rebus creditis si certum petetur*, sed duo sunt membra separata, distincta ab inscriptionis huius auctoribus ut verbis, sic rebus & significatione diversa: unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur*. Placet tamen concedi hæc omnia, & iuncta hæc membra admittere posse eam sententiam, quam dixi, salva ratione recti sermonis, & iuris auctoritatem aperte non refragari, quominus in hoc argumento coniungantur.

Quid

Quid ex his inde efficitur, quod in maiorem reprehensionem non incurrat, quam si admisissent titulum esse generalem?

16 Esto enim efficiatur ista coniunctione † titulum specialem esse, non totius partis communem: at certe hoc quoque suscipere cogentur, specialem istum titulum subiecto argumento multo minus convenire, quam si esset generalis. Erit enim haec sententia verborum coniunctorum, agi hic quid sit iuris, si certum petetur de rebus creditis, seu agi de certi condictione non ex omnibus caussis, sed ex rebus creditis, idest, ex contractibus. Hoc vero si toti parti non convenit, multo certe minus convenit speciali titulo sequenti: quoniam in eo agitur in universum de certi condictione: non tantum quae competat ex contractibus, sed etiam ex omni alia caussa & obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi, infr. eod.* Dicunt & se hoc ipsum intelligere: volunt enim his rubricae verbis promitti generalem actionem, quae certi condictio dicitur. At quibus ex verbis hoc colligunt? Non enim simpliciter dictum est, *Si certum petetur*, sed adiicitur, *de rebus creditis*. Id se sumere aiunt ex hac ipsa adiectione, de rebus creditis: quippe, inquiunt, haec verba omnes contractus complectuntur, quos alienam fidem secuti instituimus: porriguntur etiam ad quasi contractus & maleficia: & ne quis hoc posterius negaret, adiiciunt: Nam omnis obligatio contractus est. Quis haec hominem in iure versatum atque adeo in Ulpiani interpretatione, quae de his verbis est, versantem scribere crederet? Scripta sunt tamen ab illis totidem verbis. Quae res una maxime declarat ut caetera taceam, qualis sit ista sententia, quae nisi tam manifeste falsis defendi non potuit. Faciamus inscriptionem esse, si certum petetur de contractibus.

17 Attamen notissima est † divisio obligationum & vetus, eas aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, ex quasi contractu, aut quasi maleficio. §. 1. *Inst. de obl. L.* 1. *infr. de ob. & act.* Ex qua apparet, cum de generibus obligationum & actionum in personam quae ex his nascuntur, agitur, ut fit in hac compositione Pandectarum, sic ista distingui in usu iuris, ut neque quasi contractus, neque maleficium sit contractus, sed toto genere haec distent inter se. Verus quoque illud est Pedii probatum ab Ulpiano in *L.* 1. §. 1. *supra de pact.* nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem. Nullus autem quasi contractus conventionem in se habet, multoque minus maleficia, quibus nemo laeditur nisi ignorans, aut invitus. Et quanvis propter similitudinem cum his negotiis, quae consensu geruntur, interdum quasi contractus verbo contractus appelletur, ut tutela, & negotiorum administratio: *L. ex contractibus, infr. de obl. & act. L. sed & cum supra de neg. gest.* nusquam tamen, quod sciam, lectum est in libris nostris maleficia a veteribus dici contractus. Dixit quidem Papinianus delicta sponte vel ignorantia contrahi in *L.* 1. *supra de legib* sed pro *admitti* & *perpetrari*, non autem hoc sensu, quo dicitur res inter aliquos contrahi: neque enim delictum contrahitur inter aliquos, ut significetur is qui delinquit, & is qui maleficio laeditur: sed delinquitur ab uno adversus alterum interdum ignorantem, saepe scientem quidem sed repugnantem. Itaque etiam illud maxime falsum est, omnem obligationem esse contractum, etiam si obligationis verbo intellexerimus factum, quo quis alteri obligetur.

Coniicere tamen licet sumptum hoc illis, & in hunc locum detortum ex *L. omnem, supra de iud.* ubi exstat haec Pauli definitio: *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quanvis non ex crediti caussa debeatur.* Sed longe alind † est omnem 18 obligationem contractum esse, aliud pro contractu haberi. Imo vero hoc ipso, quod dicitur haberi pro contractu, declaratur non omnem esse contractum: neque enim qui vere contractus est, dicitur pro contractu haberi, sed esse. Et quidem pro contractu haberi est, loco & vice contractus haberi, seu ita haberi, quasi contractus esset: quod qui dicit, re vera contractum non esse significat. Ut cum dicimus deportatos pro mortuis seu mortuorum loco habendos, *L.* 1. §. *pen. infr. de bon. pos. con. tab.* hoc significamus vere non esse mortuos, etsi effectu pro talibus habeantur. Quid, quod ne illud quidem generaliter & absolute verum est, omnem obligationem pro contractu esse habendam? Alioqui cum contractus actiones pariant quae perpetuae sint, heredibus & in heredes dentur: dicendum fuerit maleficia hactenus quoque pro contractu habenda, ut venientes ex his actiones similiter perpetuo dentur, & dentur ut heredibus, sic in heredes. Quod falsum esse certi iuris est ex *Institution. de per. & temp. act.* Neque superior definitio refragatur. Cavendum est enim diligenter ne sic accipiatur, quasi Paulus in universum defi-

definiat omnem obligationem ubique habendam pro contractu: sed ita accipienda est, ut intelligatur dicere habendam esse in ea caussa, de qua tractabat: agebat autem de ea parte iuris, seu edicti, qua cautum erat unumquemque conveniri posse eo loco, in quo contraxit, vel in quo contractum est: ubi hoc quærebatur, contractum quomodo acciperemus. *L. heres, præcedenti, §. pen. & ultim. supr. de iud. L. 1. 2. & 3. infr. de reb. auct. iud. poss.* Hunc locum interpretans hoc sensit, in hac caussa omne factum quo obligamur, pro contractu habendum esse, ut ubicunque quis quid fecit eiusmodi, ibi possit conveniri, cogaturque se ibi defendere. Recte in hac caussa, non etiam in aliis, in quibus non eadem maleficiorum & contractuum ratio est. Cur ergo in hac re potius? Non utique ex verbis: quasi etiam maleficia sint contractus, sed ex edicti sententia, quæ postulat, ut quibus in caussis eadem aut maior æquitatis ratio est, in his idem ius statuatur. *L. non possunt, L. nam ut ait, supr. de legib. L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Nihil autem caussæ est, cur si quis qui alicubi contraxit, possit ibi propter factum suum, non propter adversarii consensum conveniri, quanvis in eo nihil deliquerit; non possit & ibi conveniri, qui negotia ibi administravit, unde similiter obligatio nasceretur: multoque magis idem statuendum est adversus eum, qui ad obligationem delictum adiecerit. Atque hæc ita sunt, etsi ita titulus esset conceptus, *De contractibus si certum petetur.* Nunc autem titulus est, non de contractibus, sed de rebus creditis.

19 His vero † verbis maleficia aut quasi contractus significari non possunt, ut maxime contractus verbo generali continerentur. Credere enim est, fidem habere alteri in eo, in quo ille prius fidem dederit, idest, dixerit, promiseritve aliquid se daturum, facturum: quod non fit nisi inter consentientes. Nullus autem consensus aut conventio in quasi contractibus eum ignorante: nullus consensus inviti in maleficiis. Quæcunque igitur ex his obligatio est, ea ex re credita esse non potest. Et quid opus est verbis, cum sententiam Ulpiani de his verbis diserte comprehensam habeamus in *L. 1. infr. eod.* quem locum omnes, qui de hoc titulo tractant, habent, aut habere debent in manibus? *Credendi*, inquit, *generalis appellatio est, omnesque contractus complectitur:* sed addidit ex significatione verbi nota, *omnes contractus, quos alienam fidem secuti instituimus.* Non ergo profecto hæc verba, *De rebus creditis*, complectuntur etiam quasi contractus & maleficia, quæ nullo modo instituimus cum alio eius fidem secuti: & quanvis omnis obligatio esset contractus, non tamen omnis est res credita, seu creditum: de quo verbo nunc quæritur. Quare si tam multa peccata suscipienda sunt ei, qui hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, uno contextu coniuncta esse dicat, ut his significetur hic agi de certi condictione ex rebus omnibus: nequaquam profecto istam coniunctionem admittere debemus: præstabatque multo specialem hunc titulum esse defendentibus in simplici errore manere, ut tria in hac inscriptione membra agnoscentes, nihilominus unum hic titulum, ac proinde specialem esse dicerent; quam istam coniunctionem accersendo tam multiplici errore se involvere, in quo præter alia & ratione ac consuetudine loquendi, & iuris certa auctoritate, & manifesta significatione verborum refellerentur. Res igitur sic habet. Tria sunt in hac inscriptione membra inter se distincta; primum, *De rebus creditis*; secundum, *Si certum petetur*; tertium, *De condictione*. Ex quibus cum primum illud speciali titulo sequenti convenire non possit, necesse est ad totam partem tertiam, nisi quid impediat, referatur. Cum autem significatio verborum & argumenti convenientia id flagitet, Iustinianus prætorem secutus hoc nomen ipsi parti toti imposuerit, Ulpianus & sub huius persona Iustinianus hunc generalem & ad contractus omnes pertinentem esse testetur: nihil dubii esse potest, quin sit re vera generalis & totius partis titulus, distinctus a sequentibus membris duobus, in quibus titulus specialis sequens contineri intelligitur. His tot concurrentibus rebus quam multas supra ostendi, quæ hanc sententiam certam, ac tantum non exploratam faciant: magnam aliquam & evidentem rationem esse oportebat, quæ istos hanc sententiam mutare cogeret, atque ita cogeret, ut dum eam vitarent, non dubitarent non modo superiora nihili facere, sed etiam accersere sibi miseram illam coniunctionem duorum membrorum de qua dixi: quæ suscepta in tam multas, tamque manifestas reprehensiones eos coniiceret. Quæ sunt ergo istæ tam graves & evidentes caussæ ab hac sententia, & omnium interpretum in hac re consensu discedendi? Et animadverto fere esse quatuor; quæ quales sint, malo ex re ipsa, quam verbis meis æstimari. De quo superest,

pereſt, ut pro inſtituto breviter dicatur. Quærunt ergo, ſi ſecunda & tertia habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ: ſignificantes videlicet reliquas eiuſmodi titulum non habere; ſi non habent, ne has quidem duas habere dicendum eſſe. Reſpondeo & prius eſſe falſum, & quanvis concederetur, tamen poſterius perperam colligi, & per ſe item aperte falſum eſſe. Habent vero & titulum generalem aliæ partes, quæ quidem hunc potuerunt admittere.

20 Nam & quintam partem † appellat Iuſtinianus *De teſtamentis*, in *L. 2. §. quintus, C. de vet. iur. enucl.* idque non minus diſerte, nec minus ex profeſſo, quam prius ſecundam dixerat appellari, *De iudiciis*, tertiam, *De rebus*. Nihil ad rem pertinet, quod in Pandectis Florentinis cum ad quintam partem ventum eſt, non eſt præfixus initio titulus *De teſtamentis*. Cum enim conſtet, quod nomen, quemque titulum Iuſtiniani conſtitutio ei parti in compoſitione Pandectarum tribuerit: aut huius tituli omiſſio in illis Pandectis vitioſa eſt, quod eſt verius; aut certe non facit omiſſio, quominus verum ſit Iuſtinianum eam quoque partem communi nomine appellare, *De teſtamentis*: neque id temere, ne quis forte hanc appellationem reiiciat, ſed titulo ei parti ita convenienter, ut nihil potuerit dici convenientius. Eſt enim revera tota ea pars de teſtamentis, & ſupremis voluntatibus. Nam quod iſti dicunt conſtitutionem Iuſtiniani a tertia parte reliquarum partium ſingulos libros ſingulares facere: non eget refutatione noſtra, cum apertis verbis ipſius conſtitutionis coarguatur. Nam in *d. §. quintus*, hæc verba ſunt: *quintus autem exoritur nobis Digeſtorum articulus, in quem de teſtamentis & codicillis tam privatorum quam militum omne quidquid antiquis dictum eſt, inveniat quis diſpoſitum*, QUI DE TESTAMENTIS APPELLATUR. Et hunc articulum paucis verbis interiectis partem quintam nominat. Faciamus tamen non ita eſſe, & a parte tertia reliquas partes generalem titulum apud Iuſtinianum non habere. An ideo conſequens eſt, iſtas de quibus quæritur, non habere? Quid enim, an non potuit Iuſtinianus ita rem arbitrii ſui inſtituere, ut quibuſdam partibus nomina totius partis communia attribueret; quibuſdam non attribueret? Quod ſi natura potuit & fecit, quid tergiverſamur? Atqui hæc illum feciſſe certum eſt. Secundam enim ex profeſſo appellari ait *de iudiciis*, tertiam *de rebus*. Eſto igitur, non item appellarit cæteras ullo nomine: nullam quoque huius varietatis rationem habuerit: non propterea minus verum eſt illum feciſſe, quod fecit. Conjecturis locus eſſe poteſt in re dubia, ut in ſuſpicionem huius aut illius rei adducamur. In re certa ſtulte conjecturas quærimus, ut quod factum eſſe conſtat, non eſſe factum probemus: Conſtitutio ergo Iuſtiniani aperte ita ſcripta eſt, ut conſtet eum quibuſdam partibus generalia nomina & generales titulos impoſuiſſe, quibuſdam non impoſuiſſe. Sive recte id factum eſt, ſive ſecus, nunquam tamen facti reprehenſio efficiet, quominus conſtitutio ita ſcripta ſit, ut diximus.

Verumtamen ne amplius iſti † quærant, 21 ſi ſecunda & tertia pars habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ, & ea re quaſi deſit huius facti ratio, ſcrupulum iniiciant lectoribus: en habent rationem in promptu, eam quam iam ſupra reddidi, iudicio meo ita dilucidam & expeditam, ut qui animadvertet, nunquam dubitaturus ſit, quin ut hic in partibus deſignandis variavit Iuſtinianus, ita quoque facere debuerit. Prima, ſecunda, tertia, & quinta pars Digeſtorum conſtitutione Iuſtiniani habent unaquæque titulum generalem, reliquæ non habent: ſcilicet quia illæ ita ferunt, ut habeant, hæ non ferunt. Quippe illarum ſingulares tituli propter communionem argumenti & generis, de quo illic tractatur, recipiunt omnes, ut uni nomini, quod tractationi convenit, ſubiiciantur. Poſteriorum tituli propter tractatuum diſſimilitudinem & disjunctionem commune nomen non admittunt. Id quod cum ante ſatis oſtenderim, & ex iis, quæ de ſingulis partibus in conſtitutione Iuſtiniani ſcripta ſunt, liquido poſſit conſtare: non eſt neceſſe hoc loco perſequi longius. Deinde ut probent titulos hos, *De iudiciis*, item *De rebus creditis*, non eſſe generales, & totius partis ſecundæ & tertiæ, negant eos pertinere ad omnes libros qui illis partibus continentur. Titulum quidem *De iudiciis* ſpecialem eſſe inde conſtare aiunt: quia de iudiciis & officio iudicis in eo tantum titulo tractetur, qui partis ſecundæ primus eſt. De titulo autem *De rebus creditis*, qui primus eſt partis tertiæ, idem dicunt: quia nihil pertineat ad titulum De iureiurando, nihil ad titulum De in litem iurando, nihil ad condictiones indebiti, ob rem dati, ſine cauſſa: quæ, inquiunt, ſunt ex bono & æquo, non ex contractu. Hic ego de titulo *De iudiciis* primum reſpondeo recte illos & vere dicturos fuiſſe hunc titulum eſſe ſpecialem, ſi ut ipſi ſibi concedi

cedi postulant, iudicia illic acciperemus disceptationes legitimas quæ apud iudicem de re controversa exercentur: sic enim fieret quod dicunt, ut de his in primo tantum titulo tractaretur, eoque nihil titulus ad sequentes pertineret. Sed faciamus illic verbo iudiciorum significari actiones. Hic iam illorum ratio concidet, ac commutata ratione eveniet, ut ipsorum etiam confessione titulus sit generalis, ac totius partis, utpote in qua de actionibus in rem agitur, ad quas generaliter is titulus pertinet. Atqui iam initio planum feci neque instituto Iustiniani, neque partitioni initio Pandectarum propositæ, neque subiectæ deinceps illi titulo tractationi convenire posse, ut *de iudiciis* illic aliter intelligamus, quam ut sit, *de actionibus*. Generalis igitur titulus ipsorum etiam sententia, & ad omnes libros eius partis pertinens, non specialis. De titulo *De rebus creditis*, neque illis assentior in eo quod sumunt, non pertinere hunc ad eos speciales quos recensent; neque si hoc verum esset, ideo efficitur hunc titulum non esse generalem, & toti parti non recte tribui.

22 Primum verum non † est, titulum *De rebus creditis*, qui idem est de contractibus nihil pertinere ad iusiurandum, & condictiones. Iurisiurandi quidem de quo hic agitur, finis præcipuus est, ut a lite discedatur. *L. 1. infr. de iureiur.* sed tamen ut hic effectus obtineatur, placet si deferente adversario actor iuraverit sibi deberi: iurisiurandi contrahi obligationem inter eum qui detulit, & eum qui iuravit. Nam hoc iureiurando teneri eum qui detulit, constat comparata in eam rem adversus eum in factum actione ad similitudinem iudicati. *§. item si quis postulante, Inst. de act. L. actori, C. de reb. cred. & iur.* Atque est hæc actio ex conventione eius qui detulit ea lege, ut a lite discederetur, & eius qui conditionem accepit. *L. sed etsi servus, L. qui iurasse, seq. §. ult. infr. de iur.* Est igitur obligatio & actio ex contractu: si quidem recte definitur contractus, duorum pluriumve in idem placitum atque conventio, qua alter alteri obligatur, ut docuimus definiri ad *L. 1. infra*. Et cur non admittamus hic obligationem contrahi? Nam & iudicio contrahi traditum est, contrahi, inquam, ut stipulatione, idest, proprie, non autem quasi contrahi. *L. 3. §. idem scribit, infra de pec* & hoc propter consensum, qui inter litigantes in lite contestanda interponitur, ut quod iudicatum erit, id sequantur. Cum tamen hic consensus sit coactus, extortus nimirum ab eo, qui litigare cogitur aut rem amittere: quanto magis dicendum est contrahi iureiurando, ubi hoc interposito discedatur a lite spontaneo non coacto consensu, & vis iurisiurandi eadem est, aut maior etiam, quam rei iudicatæ? *L. post rem, infr. de re iud. L. 2. infr. de iur.* Habet, fateor, iusiurandum & alios effectus complures, ut probationis, solutionis, novationis, litis contestatæ. *L. 5. §. dato, L. qui iurasse, §. ult. & L. seq. infr. de iur.* propter quæ aliis atque aliis argumentis iuris varie nec male subiici potest. Sed quid refert, si hunc quoque habet, ut actore conditione delata iurante obligatio contrahatur?

Condictio autem indebiti plane † ex contractu est & negotio gesto: quod qui non debitam pecuniam ut debitam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit & contrahit, ac nisi contraheretur, nulla hinc nasceretur obligatio aut actio, auctore Iuliano in *L. si in area, infr. de cond. ind.* Et merito, si verum est, quod idem scribit in *L. non omnis, infr. hoc tit.* non omnem numerationem obligare eum qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Agitur quidem id tacite, dum qui tanquam debitum solvit, tacite hoc dicit, si debitum non sit, se datum nolle: sed ea res conventionis vim non impedit. Nam & tacitæ conventiones valent non minus, quam nuncupatæ: *L. 2. L. 4. supr. de pact.* unde & illud, semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum. *L. 3. infr. hoc tit.* 23

Apertius etiam negotium † geritur de pecunia reddenda, cum dedi tibi ob caussam, ut dares aut faceres: hæc enim caussa ac veluti conditio dicta, *ut des aut facias*, contrariam conditionem continet, *ut si non des aut facias, ne ipse quidem datum velim*. L. quibus, §. 2. *in fin. infra de con. & dem.* Hæc pro re brevius, quæ suis locis a me pluribus exposita & confirmata sunt: sed pro instituto nunc sufficient, ut intelligatur titulum hunc etiam ad istas species pertinere, ut si nihil obstet aliud, quominus videatur hic titulus generalis, quam quod dicatur, his rebus non convenire, nihil sit omnino, quod impediat. Sed ne necesse sit in his laborare, sint sane vel hi, vel alii tituli in hac parte, in quibus de obligatione ex contractu descendente non agatur: ut non agi constat sub titulo De condictione furtiva. 24

Non eo tamen minus titulus *De rebus creditis* † generalis sit, aut minus recte 25

tota

tota pars ex eo appelletur. Generalem quidem non minus esse constat. Quomodo enim non generalis, qui verbis generalibus propositus *de rebus creditis*, credendi verbo generaliter omnes contractus continet? Nam hac nota Ulpianus generalem definit in *L. 1. infr. hoc tit.* Quod si omnes continet, quomodo non contineat eos, qui hic proponuntur, & ad quos generaliter pertinet? Atque ut hoc nomine generalis est: ita non si omnes speciales subiecti non sunt de contractibus, eo minus titulus *De rebus creditis* generaliter toti parti recte tribuitur, ut hoc nomine tota appelletur. Aut enim tituli quamvis de aliis rebus constituti, si seorsim spectentur, tamen vi ipsa ad contractus pertinent, dum per occasionem inferuntur obiter, ut contractuum ratio ex comparatione magis intelligatur: aut si ne hoc quidem est, tamen scimus, cum nomina rebus imponuntur, si nomen per omnia rei convenire non possit, solere rem a potiore, aut praecipua parte nominari. Constat autem in hac parte, etsi obiter alia quaedam inserta sunt, tamen praecipue & ex professo agi de contractibus, & quidem ita, ut paucissimis caussis exceptis tota pars in his exponendis versetur. Quapropter pauci illi tituli, qui alienis de rebus videri possunt, appellationem totius partis non infringunt.

26 Quaerunt † praeterea, si adeo generalis est titulus *De iudiciis*, ut diximus, cur non & ei subiecti sint tituli sequentium partium, cum iudicii verbo quo quidem actio significetur, omnis actio tam in personam, quam in rem contineatur. Item si adeo generalis est titulus *De rebus creditis*, cur ei etiam subiectus non sit titulus, De pignoribus, de aedilitio edicto, & evictionibus, & usuris? Respondeo id fieri non verborum significatione, sed auctoris instituto, cui visum est haec ita certis & propriis sive titulis sive appellationibus distinguere. Quod cum fit, evenit hic, quod regula iuris traditur, ut ex voluntate loquentis per speciem generi derogetur. *L. in toto iure, infr. de reg. iur.* Habet autem regula hanc sententiam: quoties genere posito aliqua species nominatim ponitur, & de ea proprie constituitur aliquid, toties speciem eximi de genere placet. Exempla facit, ut tanto minus in priore genere relinqui intelligatur. *L. si peculium, in pr. infr. de manumiss. test.* Qua ratione recte ita dicemus: Titulus *De iudiciis* generalis est, & ita generalis, ut significatione verbi aeque contineat in personam & in rem actiones. Sed tamen dicimus eo contineri tantum secundam partem, in qua de actionibus in rem solum agitur: scilicet, quia cum ad actiones in personam ventum est, huic generi tractando propriae partes & proprii tractatus attribuuntur, qui & designantur suis quique appellationibus. Hoc modo eximitur species de priore genere, qua exempta necesse est in appellatione generali priore id solum manere, quod exemptum non fuit, idest, actiones in rem: sed hoc, inquam, quia auctori ita visum est; non quia verbi significatio alias quoque species non admittat. Interim is titulus & verbi significatione, & auctoris instituto hactenus saltem generalis manet, ut utraque re ad totam partem secundam pertineat. Similiter & titulus *De rebus creditis* generalis est, complectiturque, ut est verborum significatio, contractus omnes non tantum qui exponuntur in parte tertia, sed etiam reliquos, & praeterea tractatus omnes sequentes, qui ad contractus pertinent. Sed visum est Iustiniano separatis tractatibus, & quidem in parte quarta agere de pignoribus, de aedilitio edicto, de evictionibus, de usuris. Fecit ea distributione, ut non amplius hae species subiicerentur priori titulo *De rebus creditis*, quem titulum parti tertiae imposuit: non tamen quia non continerentur significatione verbi, sed quia voluntate & tractatione eius essent exemptae & detractae generi priori. Quo factum est, ut generalis quidem esset nunc quoque is titulus, sed ita, ut ad species tertiae parti subiectas tantum pertineret. Licet hoc & in titulo *De actionibus empti* facile animadvertere. Is titulus plurali & generali verbo propositus haud dubie generalis est, saltem hactenus, ut pertineat ad omnem caussam, ob quam iudicio empti & venditi agitur. Itaque ut iudicio empti ob evictionem, & ad redhibendum agi potest, *L. ex empto, in pr. & §. 1. infr. de act. em.* sic actio de evictione & redhibitione verbis eius tituli continetur. Videmus tamen in parte quarta propriis & longe diffitis titulis de utroque actum esse: quos tractatus perspicuum est titulo *De actionibus empti* non contineri. An quod non sint species ad id iudicium pertinentes? Imo ideo, quia cum Iustinianus de his specialiter tractare constituisset, eas species ex illo genere exemit. Num ergo quia sunt exemptae, ideo quisquam colligit titulum *De actionibus empti* ad reliquas caussas quae iudicio empti continentur, generaliter non pertinere? Imo ideo generaliter pertinebit, ut prius: quia quae caussae detractae

tractæ non sunt, eas necesse est generi relinqui. Summa est: Non si generali alieni titulo species aliquæ exemptæ sunt pro arbitrio & consilio scriptoris, ideo titulus generalis esse desinit, quin saltem ad eas species semper pertineat, quæ ei relinquuntur. Titulo *De iudiciis*, seu parti quæ hoc titulo inscribitur, eximuntur res creditæ, & in universum in personam actiones: at non etiam actiones in rem. Ut igitur actiones in personam amplius ei subiectæ non sint: at certe relinquuntur posteriores, quæ et vi & significatione verbi eo continentur: ita necesse est & ei subiici scriptoris instituto, a quo non sunt detractæ. Idem dicendum est de titulo *De rebus creditis*. Detrahuntur huic titulo, seu ei parti, quæ hoc nomine appellatur, singulares illi tituli, quos diximus, de pignoribus, de ædilitio edicto, & sequentes aliquot, qui in quartam partem reiiciuntur. At relinquuntur ii omnes, qui sub parte tertia, & sub eo titulo proponuntur de contractibus. Quare ad eos quoque generaliter, ut prius pertineat, necesse est. Nec quia non omnes species ei subiiciuntur, ideo generale nomen repudiandum est. Cum enim genere posito species aliquæ a genere distinguuntur, fit, ut generis nomen quod prius fuerat, ad speciem contrariam contrahatur: idque in iure maxime usitatum est, ut in adoptionis, cognatorum, & actionis verbis intelligitur: quæ generalia cum sint, tamen cum adoptioni arrogatio, cognatis agnati, actioni petitio subiicitur, specici contrariæ nomen obtinere incipiunt: nec aliter iuris auctores loquuntur. Quod ad tractatus propositos attinet, distinguendi species posteriores a prioribus generibus, & proprias partes, proprios tractatus, propriaque nomina his attribuendi ratio hæc fuit, ut species quæ notabilem & singularem habent tractatum, melius notarentur, ac notatæ facilius possent intelligi. Hoc enim ita fit, si ex confusione generis exemptæ tractentur separatim, & suis quæque titulis aut nominibus designatæ, velut in illustri aliquo loco conspiciendæ proponantur. Hucque pertinet sententia Labeonis, quæ refertur in *L. item apud*, *§. ait prætor*, *ne quid. iufr. de iniu.* ea quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videri quasi neglecta. Quæ cum ita sint: quid est in his, quæso, quod nos a rebus tam certis, & manifestis abducere debuerit?

17 Restat † tamen scriptura Florentina, qua una moveri videtur Antonius Augustinus, ut in utraque inscriptione partis secundæ & tertiæ unum titulum specialem agnoscat. Quippe in Pandectis Florentinis inscriptio prima partis secundæ tota uno contextu legitur hoc modo, *De iudiciis, & ubi quisque agere, vel conveniri debeat.* Sic & prima inscriptio partis tertiæ proponitur uno contextu his verbis, *De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione.* Et quod ad dubitationem facit, utrique inscriptioni intelligi debet subiecta esse hæc verba, *Titulus primus:* etsi enim in illis Pandectis non exprimuntur, satis tamen significantur ex titulo sequenti, cum in utraque parte is titulus dicitur titulus secundus. Ad hanc scripturam ille nos revocat, & quia unus utrobique contextus est, unum quoque utrobique titulum esse vult, non ut Haloander ex Norico codice restituit, duos. Cum autem titulus uterque totus generalis esse non possit, & totius partis: hinc facile colligere possumus hoc eum sentire, utrumque titulum totum esse specialem. De quo breviter hoc responsum volo: Si Antonius Augustinus potiorem habuisset rei, quam verborum aut scripturæ nescio cuius rationem, nunquam commisisset, ut in re manifesta reprehenderet Noricos libros, aut Haloandrum, qui ex eorum librorum fide eas inscriptiones distinxit; sed hos secutus collaudasset potius, & si potuisset fieri, scripturam Florentinam ad hanc sententiam cum omnibus aliis interpretibus ita accipiendam esse docuisset. Nunc autem fecit præpostere, & valde indignum Iurisconsulto, qui non dico verbis, quæ in Noricis & Florentinis libris eadem sunt, sed apiculis vel potius apiculorum omissioni plus tribuerit, quam certæ significationi verborum, & manifestæ Iustiniani voluntati: denique quam certæ rei, quæ efficeret hos titulos *De iudiciis*, & *De rebus creditis* in his inscriptionibus esse generales, & totius partis subiectæ. Manifestam hanc esse sententiam tituli *De rebus creditis*, ut hunc tantum exempli gratia nunc attingam, dicent omnes, qui tria illa, quæ supra posui, meminerint: primum Iustinianum tribuisse hunc titulum toti parti, non uni alicui speciali tractatui. Deinde in *L. 1. infra* ex professo scriptum esse, hunc titulum esse generalem, & contractus complecti omnes: quæ interpretatio non potuit, nisi ad titulum hic propositum a compositoribus referri. Postremo qui meminerint, quod diligenter & perpetuo meminisse oportet, hæc verba *De rebus creditis* non posse connecti cum his, *si certum petetur*, ut ex omnibus coniunctis efficiatur unum membrum:

brum: separata autem illa ac per se posita non posse efficere titulum specialem, qui proximo tractatui conveniat; cum titulus *De rebus creditis* idem valeat, atque *de contractibus*, quem posteriorem totius partis titulum esse constat, ad specialem autem tractatum sequentem pertinere non posse. Hæc, inquam, qui meminerit, non dubitabit certam esse hanc significationem huius tituli, ut sit generalis, totius itidem partis; proinde distinctus ab eo qui sequitur in eadem inscriptione, estque omnium consensu specialis. Quo animadverso & bene constituto si scriptura Florentina diffidere videretur, erat officium boni & veri interpretis, vitium scripturæ agnoscere, & ex aliis exemplaribus, atque adeo sine aliis exemplaribus ex aliis certis locis iuris emendare potius, quam ex vitio scripturæ manifesto certam rem & sententiam evertere conari. Sed ut intelligatur nihil hic illa emendatione opus esse, quoque magis liceat agnoscere in hac re vitiosam religionem Augustini: videamus, quid illum coegerit tandem inscriptiones istas Florentinas aliter accipere, quam ut in his duo tituli essent, unus generalis, alter specialis. Nihil hic idoneum reperiemus. Quid enim prohibet, quominus in initio cuiusque partis secundæ & tertiæ duo sint tituli continenter, atque adeo coniuncta scriptura positi? quia ambo pariter pertinerent ad sequentia; singuli tamen per se suam vim & suam significationem retinerent; verbum autem tituli primi, quod intellectum pro subiecto accipitur, ad proximum tantum specialem referretur? Omnino vero sic recte accipi potest inscriptio partis secundæ, quasi ita scriptum esset: *Sequitur De iudiciis pars secunda; & Ubi quisque agere vel conveniri debeat*, titulus primus huius partis: ut titulus primus referatur ad proximum ex his titulum, non ad titulum *De iudiciis*. Eadem ratio est inscriptionis partis huius tertiæ. Nam & hæc sic recte potest accipi: *Sequitur De rebus creditis, pars tertia Digestorum. Si certum petetur, & de condictione*, titulus primus huius partis: ut & hic tituli primi nomen ad proximum specialem referatur. Hæc ita accipi debere concedent omnes, si illa ita distincta essent, ut post titulum *De iudiciis*, & titulum *De rebus creditis*, intervallum aliquod, aut punctum intercederet, quo distinctio titulorum sequentium notaretur. Nunc hæc in Pandectis Florentinis omissa sunt, & membra superiora continenter & sine intervallis sunt proposita. Nempe hæc iudicio lectoris relicta sunt. In quo si nullam distinctionem titulorum agnoscimus, cum esse debeat; aut pro puncto periodico incisum inducimus: hoc iam non scripturæ, sed nostrum vitium est, qui non novimus titulum generalem a speciali in his inscriptionibus distinguere, ut huic deinde differentiæ convenientem interpunctionem, & scripturæ distinctionem adhibeamus. At enim potest utraque inscriptio ut in Pandectis Florentinis scripta est, ita accipi, ut tota sit unus titulus, & verbum tituli intellectum ad totam inscriptionem præcedentem referatur. Fateor: Sed hoc concesso nihil aliud efficitur, nisi scripturam esse ambiguam, quæ in hanc aut illam partem trahi possit. Quid autem in scripto ambiguo faciendum videtur? quod nos certa iuris præcepta in hac re sequi iubent: nempe quod rei gerendæ & tractandæ est aptius. *L. quoties idem, infr. de reg. iur.* in primis autem quod vitio caret. *L. in ambigua, supr. de legib.* sed omnium maxime quod apparet voluisse eum, qui loquitur. *L. 3. infr. de reb. dub.* Quæ omnia in hanc rem concurrunt, ut titulum *De rebus creditis* generalem esse accipiamus. Nam primum tractationi de contractibus subiectæ titulus convenit, ut qui significet & ipse de contractibus. Tum aliter interpretantibus incidit interpretatio in multa vitia & ea manifesta, ut ostendi. Postremo certum est Iustinianum ita hunc titulum usurpasse, ut totius partis esse vellet, quippe qui diserte totam partem hoc nomine appellarit. Quæ cum in oratione ambigua animadversa, aut certe servata non sint ab Augustino: apparet eum dum quidquid in Pandectis Florentinis obiicitur, nimia religione eorum librorum amplectitur, corticem tantum scripturæ inspexisse, rem ipsam quæ inerat, religione tactum secure neglexisse. Sic enim malo dicere, quam doctum virum non percepisse, quod quærenti non esset obscurum, quodque etiam illi facile futurum fuisse arbitror, si attendere ad rem paulo diligentius voluisset. His expositis, si intelligimus hos titulos *De iudiciis*, & *De rebus creditis*, re ac mente auctorum nisi generales esse non posse, cur autem id negetur, nullam omnino caussam esse: ratum hoc esse debet, quod diximus, & ad inscriptionis propositæ explicationem doceri necesse fuit, duos inesse in inscriptione hac titulos: generalem & totius partis illum, *De rebus creditis*; & specialem qui sequitur, *Si certum petetur, & de condictione*. Quos si spatiis distingui placet, ut in Noricis libris, bene est: tanto certius distinctio,

ctio, quæ in re est, intelligetur. Sin retinetur scriptura Florentina, ne hoc quidem incommodum est, & ferri potest sine vitio: dum tamen admoneamur in harum partium inscriptionibus, secundam partem dico, & hanc tertiam, debere secundum supra scriptam istam distinctionem duorum titulorum intelligi, ut tituli *De iudiciis*, & *De rebus creditis* generales sint: quæ autem membra attexuntur, tituli sint speciales, tum deinde verbum tituli primi, si quod subiectum intelligi placet, sic exaudiatur, ut ad hos solos proximos & speciales pertineat secundum ea, quæ diximus. Sunt ergo in Pandectis tituli generales, non ad paucos titulos subiectos tantum, sed ad partes etiam ipsas totas pertinentes: ex quo numero est in inscriptione prima partis secundæ titulus *De iudiciis*, in hac autem partis tertiæ hic ipse *De rebus creditis*: de quo quærebatur. Atque hæc de priore parte inscriptionis satis.

CAP. II.

TITULUS,

SI CERTUM PETETUR, ET DE CONDICTIONE,

SPECIALIS, ET QUAM SIGNIFICATIONEM HABEAT.

SUMMARIA.

1. Certum *quid, & pro mutuo nusquam usurpatum, minime autem in hoc titulo.*
2. Petetur *hic, non repetetur, & quid hoc verbum significet.*
3. *Condictio certi specialis nulla: multoque minus condictio specialis de mutuo his verbis tituli,* & de condictione, *intelligi potest.*
4. *Edictum de certi condictione, quale, & quo initio.*
5. *Edictorum conceptio usitata.*
6. *Edicto de certi condictione, nominatim expressum tantum de mutuo.*
7. *Mutui actio nulla certa, nisi certi condictio ex hoc edicto.*
8. *Edicti prima verba modo condictionem, modo edictum ipsum, modo actionem edicti significant.*
9. *Actio* si certum petetur, *quæ.*
10. *His verbis* Si certum petetur, *hoc titulo significari edictum, cuius initium hoc fuit, & tituli sententia.*
11. *Hæc verba,* & de condictione, *non esse otiosa, & quid in hoc titulo significent.*
12. *Tit.* Si certum petatur. *C. quomodo accipiendus.*

ALtera pars inscriptionis est, *Si certum petetur*, & *de condictione*: quem titulum specialem esse & ad proximum tractatum solum referri inter omnes convenit. De significatione ambigitur. Atque hæc ambigendi caussa. Agitur sub hoc titulo non de omni condictione, sed de condictione certi, ut patet ex *L. certi*, *infra*. Utro ergo ex his membris de hac significari volumus? Si priore: quid significabit posterius *de condictione*, nisi hanc ipsam? Si posteriore: quid significabit prius illud *si certum petetur?* Non est satis: agitur sub eodem titulo & de mutuo, & quidem de hoc proprie & præcipue, ut indicat *L.* 2. & reliqui tituli tractatio. Si hoc caput omissum est, quomodo titulum defendemus? Nam cum titulus omnis ad rem subiectam indicandam comparatus sit, sint autem duo hæc capita tractata sub hoc titulo; non potest titulus non esse vitiosus, nisi utrumque hoc caput complectatur. Sed erit omnium vitiosissimus, si in eo quod omissum est, id omissum reperiatur, de quo maxime hic caveri oportebat. Quod si in eo & de mutuo comprehensum est, ad quod ex his membris id caput referemus? Nihil enim plane utroque membro de eo expressum videtur. Hanc dubitationem intelligens Accursius, eique occurrere volens, idest, hoc ipsum tentans efficere, ut titulus tractationi subiectæ respondeat, sic hæc verba interpretatur: Si certum, idest, mutuum: petetur, idest, repetetur: & de condictione, nempe certi tam generali ex omnibus aliis caussis, quam speciali ex mutuo. Quod ego ut a verbis alienum prope putarem indignum relatu, nisi cum Bartolo alii fere omnes ut certum reciperent, in quibus est etiam Alciatus hoc loco: & præterea esset aliquid non ita improbabile, quo ea inter-

interpretatio defenderetur. Dicunt enim *certi* verbum generale esse, si per se spectetur; sed non esse novum, ut generale quod sit, ex instituto auctoris, & tractatu subiecto ad speciem revocetur, idque hic factum esse: intelligi autem ex eo, quod agatur hic de mutuo & eo solo, non etiam de cæteris contractibus. Confirmatur hæc sententia non parum titulo secundo Libri quarti Codicis. Nam cum sub eo de mutuo solum tractetur, non item de condictione; unus tamen hic titulus est, *Si certum petatur:* ubi nisi *certi* verbum pro mutuo accipitur, nihil reperiunt, quod rei subiectæ conveniat. Sed omnia refragantur, quominus hunc titulum ita accipiamus: in primis quidem verborum significatio; sed non minus, atque haud scio, an etiam magis certa iuris auctoritas de eorum verborum definitione.

1 Nam quod ad verbum *certi* attinet, quis unquam veterum ita † certum usurpavit, ut eo solo posito mutuum significaret? Scimus quid certum significet Latinis. Nomen hoc est non substantiæ, sed qualitatis, quod dubio & incerto opponitur: significatque in rerum demonstratione, quidquid ita demonstratur, ut quid, quale, quantumve sit appareat. Non est hoc mutui proprium, sed ad omnes res, omnesque contractus, in quibus eadem definitio sit, pertinet. Mutuum quidem certum: sed non minus & res aliæ in aliis contractibus, ut centum aurei stipulatione promissi, ut fundus Tusculanus, ut pretium in emptione. Quæ res facit, ut verbum hoc in mutuo proprie poni nec possit, nec debeat. Quid veteres, & maxime auctores iuris, quomodo hoc verbo utuntur? Declarant eorum certæ de eo verbo in iure definitiones. Stipulatio certa esse dicitur, in quam certum deductum est. Certum hic illi definiunt, non utique mutuum, sed quod supra diximus, idest, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumve sit. *L. stipulationum quædam*, & *L. ubi seq. infr. de verb. obl.* Proposita est certi condictio ex hac caussa, si certum petatur. Quid hic certum illis significet, apparet cum dicunt hanc competere non ex mutui tantum caussa, quasi certum in usu iuris significaret mutuum; sed ex omni caussa, omnique obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi infr.* At enim hic restringitur certi significatio, inquiunt, & quod per se alias generale est verbum, hoc loco pro specie mutui usurpatur. Ne hoc quidem verum est. Reclamat hic quoque Pauli definitio tradita in *L. certum, infr. eod.* Sumptus est is locus ex libro Pauli ad edictum vicesimo octavo. In eo egit de mutuo, ut indicat *L. 2.* eiusque legis inscriptio *infr. eod.* Et tamen eo ipso loco, ubi maxime conveniebat de mutuo agentem *certi* verbum de mutuo interpretari, aut certe monere ita aliquando accipi, si quidem is unquam usus esset verbi apud iuris auctores, certum definit id ipsum, quod diximus, omne cuius species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, vel nomine suo, vel qua alia demonstratione, qualis quantave sit, ostenditur. Continet hæc definitio res omnes certas, non mutuum dumtaxat. Potest enim quantitas etiam ex alio contractu deberi; species autem plane in mutuum non cadit. *L. 2. §. 1. infr.* Et hæc quidem, ut dixi, in eo libro, in quo Paulus de mutuo, & de certi condictione agebat, quibus ipsis de rebus & hic titulus conceptus est. Atque ut de loco Pauli, unde ea definitio sumpta est, affirmare nihil possemus; tamen cum definitio translata sit in hunc titulum: nemo dicet alio referri debere, quam ad verborum tituli explicationem, si modo in titulo id verbum extaret. Sic & in *L. 1.* interpretatio verborum *crediti* & *rei*, licet Ulpiani sit titulum edicti perpetui enarrantis: tamen cum sub titulo de rebus creditis, qui hoc loco præpositus est, usurpata sit: omnes admittunt ad huius ipsius tituli explicationem referri. Et vero sermonis ratio non patitur, ut certi appellatio peculiariter de mutuo usurpetur. Generis enim nomen interdum ad speciem restringi solere scimus: sed tunc solum id fit, cum aut generi subiectæ sunt paucæ species puta duæ, quarum una proprio nomine appellatur, altera non appellatur; Ut necesse sit generis nomen in altera specie relinqui: quod fit in verbo adoptionis, *L. 1. supr. de adopt.* cognationis, *L. non facile, §. 1. L. Iurisconsultus, §. 1. infr. de grad. & aff.* actionis, *L. pecuniæ, §. actionis, infr. de ver. sig.* & similibus: aut cum propter excellentiam quod generis est nomen, id uni speciei tribuitur, ut cum legem dicimus, quæ maxime lex est, & inter cæteras excellit, nempe legem pop. Romani; constitutiones, quæ maxime tales sunt, nempe constitutiones Principis, cum quidquid constituitur ab his, qui constituendi ius habent, id lex sit, & constitutio. *§. constat, & §. sed & quod, Inst. de iur. nat.* Nihil illorum est, propter quod *certi* verbum ad speciem mutui transferatur. Sic enim generale est nomen, ut rerum certarum innumerabiles sint species, non tantum

tum numero, ſed genere & ipſæ inter ſe differentes. Eſt aliquid certum in contractibus, aliquid in quaſi contractibus; eſt in maleficiis, eſt & in quaſi maleficiis, & ſingulorum generum ſpecies infinitæ. Quam igitur abſurdum, cum certum nominaveris, ex illa infinitate & incertitudine rerum, ad quas ex æquo hoc nomen pertineat, tamen in hoc verbo proprie mutuum intelligere? Perinde hoc ſit omnino, ut ſi *animalis* verbo Pamphilum intelligere velimus potius, quam alios homines aut brutum, quia Pamphilus ſit animal: *pecudis* verbo ovem potius, quam ſuem; *quadrupedis* bovem potius, quam equum. Quod attinet ad excellentiam rei ſignificatæ, quid eſt in mutuo, quod certitudine excellat, quamobrem certi verbo mutuum præcipue notari debeat? Pecunia quæ mutuo datur, certa eſt. Sed non minus certi decem aurei, qui in ſtipulatum deducuntur. *L. ſtipulationum quædam, infr. de verb. obl.* Pretium quoque in emptione ſemper certum, ut quod & ipſum in pecunia numerata & definita conſiſtat. Cur ergo in eadem certitudine verbum *certi* potius mutuo tribuatur? Plus dico: ſi placeret quaſdam res certas verbo *certi* proprie deſignari propter excellentiam: non mutuum hoc verbo notari oportuit, ſed ſpecies, aut eos contractus, in quibus ſpecies certa deberetur. Stichus enim, omniſque ſpecies certo loco deſignata, hoc ipſo quod ſpecies eſt, ſemper eſt certior, quam centum aurei, & quidquid eſt, quod generaliter promittitur aut debetur, ut in mutuo. Specie enim promiſſa, certum eſt, quid præſtetur; neque id poteſt eſſe niſi unum, quamdiu pro re non præſtatur æſtimatio. Genere promiſſo, ſaltem hoc incertum, quod corpus præſtetur: cum ſit in poteſtate promiſſoris ſolvere ex omni pecunia eius generis, quam velit: omninoque ita eſt, ut genus ſemper ſit incertum, ſi ſubſtantiam & numerum rei præſtandæ ſpectes; tametſi commoditate & utilitate rerum ſolutarum habeatur certum in his rebus, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; quod quale ſit expoſui ad *L. ſtipulationum quædam, in extrem. infr. de ver. obl.* Non eſt igitur *certum* in hoc titulo, ac nec poteſt eſſe aliud, quam id quod verbum Latinis ſignificat, & quod ſignificare id definitiones huius tituli certæ oſtendunt, ideſt, non mutuum, ſed omne, cuius ſpecies vel quantitas ex ipſa pronuntiatione qualis, quantave ſit, oſtenditur. Nec ſane idoneum eſt hoc argumentum: quia de mutuo tractatur ſub hoc titulo, nec eius rei ſignificatio in titulo omitti debet, ideo *certum* hic accipiendum eſſe pro mutuo. Potius enim inverti argumentum debuit, & ex certis ita concludi: certum non ſignificat mutuum: quare his verbis, *ſi certum petetur*, non ſignificatur, *ſi petetur mutuum*: & ſi aliis verbis de mutuo in hoc titulo comprehenſum non eſt, mentio mutui in eo eſt prætermiſſa. De ſignificatione tituli *ſi certum petatur*. C. dicam poſtea. Hæc de verbo *certi*.

Quod ſi hic non † ſignificat mutuum, 2
ſatis & illud ſua ſponte intelligitur, nec, *petetur*, recte accipi, ut ſit, *repetetur*, ſed omnem petitionem certi hoc verbo exprimi. *De condictione* autem quod interpretatur Accurſius, ut ſit de condictione certi generali & ſpeciali: facit & hoc non minus præter verba, quam ſuperius, cum generis nomen ad unam ſpeciem & eam certam refert. Fateor agi ſub hoc titulo de certi condictione: ſed non quid hic tractetur, ſed quid verbis tituli ſignificetur, quærimus. Condictionis porro verbum omnem condictionem continet tam incerti, quam certi; & ſi ex præcedentibus verbum reſtringi placet, non poteſt iſtis de alia condictione accipi, quam de condictione ex mutuo, quod præceſſit, ſi quidem ex ipſorum ſententia *certum* valet *mutuum*. Repudiata igitur tota hac interpretatione vulgari, quæ & tota aliena, ac tantum non nugatoria eſt, videamus quid de ſignificatione huius tituli certius dici poſſit. Et ſunt, qui perſpicuam hanc & certiſſimam interpretationem eſſe non dubitent affirmare, ut his verbis, *ſi certum petetur*, polliceatur titulus generalem condictionem certi: his autem poſterioribus, *de condictione*, ſpecialem condictionem ex mutuo. Ex quo etiam ſe aſſequi putant, ut titulus tractationi quam maxime congruat, ut qui de mutuo, deque certi condictione duobus tractationis ſubiectæ capitibus complectatur. Et, ut his verbis interdum iuris auctores utuntur, prius membrum recipere interpretationem poteſt, ut *ſi certum petetur*, idem valeat, quod *de certi condictione*. Nam in *L. 1. infra de cond. trit.* nominatur actio, quæ appellatur *ſi certum petetur*. De qua mihi dubium non eſt, quin ſit ea, quæ aperte & ſignificanter dicitur certi condictio, de quo paulo poſt. Sed nihil minus recipi poteſt, quam poſterioris membri interpretatio: quæ & ſententiam per ſe falſam continet, & ſi vera eſſet, tamen nec verbis, nec rei propoſitæ convenit.

Pri-

3 Primum, verum non † est ullam esse specialem condictionem certi ex mutuo. Ex hoc contractu condictio est; sed condictio certi eadem, quæ ex societate, ex vendito, & aliis caussis omnibus ex quibus certum petitur, competit. De quo quia mihi propositum est dicere ad *L. certi, infra*, in eum locum huius rei discussionem reiiciemus. Verum ut demus esse condictionem specialem ex mutuo: quid minus convenit, quam de ea huoc locum interpretari? Si de verbis quæritur, non inficior interpretationem esse perspicuam, & quidem eiusmodi, quæ se in primis ostendat: sed perspicuitas in eo est, quod plane perspicuum est hanc verbis non congruere. Plus quam enim manifestum est, hæc verba *de condictione* non significare de speciali condictione, multoque minus de speciali ex mutuo. Generis enim nomen est *condictio*, non speciei: & si speciei esset, non ideo tamen intelligeretur de mutuo potius, quam de aliis contractibus huic speciei subiectis. Nec dicent, opinor, ideo se ita interpretari, quia sub hoc titulo agatur de mutuo. Iam enim dixi nos hic non de tractatione subiecta, sed de significatione verborum tituli quærere. Quod si hanc rationem reciperemus, multo sane proclivius fuit ista ratione cum Accursio *certum* interpretari *mutuum : & condictionem*, certi condictionem: quoniam de utroque sub hoc titulo agitur: quorum tamen utrumque ridiculum est, quia pariter a verbis aperte alienum, nec dissimile illi, si quis bovem qui in titulo nominaretur, interpretaretur equum, quia de equo sub eo titulo ageretur. Sed tamen demus hoc quoque, his verbis, *de condictione* significari de condictione ex mutuo: ne sic quidem titulus conveniet propositæ tractationi, idque duabus de caussis; & quod pollicetur de eo, de quo sub hoc titulo non tractatur; & quia de quo tractatur, id non exprimit. Primum complectitur id, de quo sub hoc titulo nulla est mentio. Legimus enim multa hic ex professo tradita de condictione certi, quæ competit ex omnibus caussis, ex quibus certum petitur, *L. certi, tota, & deinceps, infr.* De condictione ista speciali ex mutuo non modo nihil ex professo, sed ne tenuem quidem significationem, usquam legimus. Tum vero idem iste titulus, quod ad rem pertinebat, & indicatum oportuit, omittit. Tractatur enim sub hoc titulo peculiariter de contractu mutui. Quæritur is titulus, qui de hoc quoque complectatur. Id ista interpretatione titulus non assequitur. Neque enim qui pollicetur de actione ex mutuo, idem & de mutuo pollicetur: & generaliter qui pollicetur de actione certa ex aliqua caussa, non ideo de caussa ipsa tractat, aut pollicetur. Alioqui dicendum erit titulo, de actionibus empti, promitti de emptione; titulo si usufructus petatur, promitti & de usufructu; idemque in similibus titulis dicendum fuerit: quod secus est. Agitur enim separatim & propriis titulis de caussis istarum actionum, ut emptione & venditione, usufructu & similibus: post deinde de ipsis actionibus. Et ne longius abierimus: promittitur hoc titulo de certi condictione ex omni caussa omnique obligatione, ex qua certum petitur; neque tamen de caussis ipsis promittitur. Unde nec de his hic agitur, nec quisquam vitiose id fieri existimat. Et merito: etsi enim non est actio, nisi ex caussa aliqua præcedente, non est tamen idem actio, & caussa, ex qua nascitur: tantumque inter ista interest, quantum inter caussam & effectum. Postremo si hæc verba, *si certum petetur*, pollicentur tantum de certi condictione & ea generali, non etiam de speciali ista ex mutuo; hæc autem, *de condictione*, non pollicentur, nisi de hac posteriore: titulus hic *si certum petetur*, in Codice quid significabit? Nempe de certi condictione, nihil de mutuo. Ita titulus ad subiectam tractationem nihil pertinebit, id est, non erit eius tractationis titulus: quandoquidem evenit contra, ut sub eo de mutuo agatur, nihil de certi condictione. Manifestius est igitur vitium huius interpretationis, quam ut ea admitti potius, quam superior illa vulgaris debeat. Quæ cum ita sint, sitque hæc omnis difficultas maxime ex eo, quod in hoc titulo etiam mutuo locum dare volumus: quid si potius omissa mutui ratione titulum ita accipiamus, ut ad solam certi condictionem & huius caussam referatur? Hoc quidem si placeret, expedita ratio fuerit, & quidem ita, non solum ut verba optime conveniant, sed nec in his membris duobus ullum redundet. Sic enim verba commodissime accipi possunt, ut sit sensus: hic tractari, quid sit iuris ex hac caussa, *si certum petetur*. Et quoniam ius hoc est condictio, quæ proponitur, adiicitur, tractari & de condictione: intellige, huius caussæ propria, seu, quæ ex hac caussa proponitur, idest, de certi condictione. Hoc modo de condictione certi recte exprimitur, de qua agi sub hoc titulo certum est. Nec quia totus titulus ad condictionem hanc unam refertur, ideo unum mem-

membrum idem est cum altero. Prius enim continet, quæ sit actio ex hac caussa, *si certum petetur:* posterius pollicetur de eo, qualis sit hæc actio, & quibus ex caussis competat: quod & re vera sub hoc titulo præstatur in *L. certi, tota, & aliis aliquot sequentibus*. Sed hoc modo incidit titulus in id vitium, de quo initio dixi, ut cum de mutuo præcipue agatur sub hoc titulo, nihil tamen titulus de eo polliceatur: quod vitium, ut si quod aliud, si potest, in hoc titulo vitandum est. Quid ergo dicemus? Ego puto recte dici, titulum hunc pariter & de condictione certi, & de mutuo polliceri; & quidem verbis quam maxime significanter continere utrumque.

4 Sed id ita intelligi potest, si prius † quale fuerit edictum *de certi condictione*, & quam ex eo significationem habeat hæc condictio, *Si certum petetur*, dixero. Quod cum non magis ad significationem huius tituli cognoscendam, quam ad explicationem totius tractatus subiecti pertineat: res postulat, ut ex hoc ipso loco iam nunc de eo quid nobis videatur, pauca dicamus. Edictum prætoris fuisse de certi condictione, ex eo intelligere possumus: quod Ulpiani tractatio, quæ exstat sub hoc titulo de certi condictione, tota est ad edictum prætoris: sumpta est enim ex libro Ulpiani vicesimo sexto ad edictum, ut est inscriptio *L. certi infra*. Quod autem ibidem traditur, competere hanc condictionem ex omni caussa, ex qua certum petitur, indicat initium edicti fuisse ab hac conditione, *si certum petetur*, hoc modo: SI CERTUM PETETUR, CONDICTIONEM DABO. Eiusque rei coniecturam facimus cum ex sententia superiorum verborum, tum ex conceptione usitata edictorum. Primum in sententia verborum nihil interest, utrum dicamus condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petetur; an vero competere ex omni caussa, *si certum petetur*, hæc enim demonstratio in futurum collata, ex qua certum petetur, in quod tempus prætores actionis caussam, & promissionem conferre solebant, habet conditionem, *si petetur*, ut illa, Stichum qui meus erit. *L. 6. infr. de legat.* I.

5 Tum autem mos fere prætorum † perpetuus fuit in actionibus proponendis, statim ordiri edictum a caussa actionis proponendæ, eam autem caussam exprimere sub conditione: ut si quidem illa præcederet, pollicerentur actionem se eo nomine daturos, hoc modo: Si quis ius dicenti non obtemperaverit; *L. 1. supr. si quis ius dic.* Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur; *L. 1. in pr. & §. 1. supr. si quad. paup. fec. dic.* Si mensor falsum modum dixerit; *L. 1. supr. si mens. fal. mo. dix.* Si is cum quo agitur, condictione delata iuraverit; *L. 3. infr. de iur.* Si quis omissa caussa testamenti ab intestato possidebit hereditatem; *L. 1. infr. si quis omis. causs. test.* Si familia furtum fecisse dicetur; *L. 1. infr. si fam. fur. fe. dic.* & si qua sunt similia, quæ sunt infinita, & in edictis prætorum passim occurrent. Interdum quidem hoc modo: Quod quis commodasse dicetur; Quod depositum erit, de eo actionem dabo. *L. 1. infr. com. L. 1. infr. depo.* Sed illo modo fere semper: hoc raro: quanquam & hic idem valet: habet enim eandem conditionem, si quid commodatum, si quid depositum esse dicetur. Ex hoc ergo more perpetuo prætorum probandum est fuisse & initium edicti de condictione in hæc verba, *si certum petetur*: quæ & inde, ut omnino credi par est, sumpta in hac inscriptione usurpata videmus. Atque hæc quidem hactenus ad omnem rem certam generaliter pertinent. Sed etsi verum est, prætorem hoc edicto pollicitum esse condictionem certi in universum ex omni caussa, ex qua certum petitur.

Tamen puto sic edictum † fuisse conceptum, ut nominatim & specialiter exprimeret prætor de mutuo; de cæteris caussis non nisi generaliter ediceret se daturum actionem, ut edictum totum ad hunc fere modum conceptum fuerit: *Si certum petetur: sive mutuum id erit, quo nomine agetur, sive quæ alia petendi caussa, de eo condictionem dabo*. Ut putem prætorem nominatim edixisse de mutuo, non etiam de cæteris caussis, adducor partim tractatione subiecta, partim necessitate huius contractus exprimendi. Tractatio subiecta ita est, ut constet sub hoc titulo *si certum petetur*, agi de mutuo, idque præcipue. Non recte ita agitur, nisi hæc tractatio ad edictum, quod hic explicatur, pertinet. Sic autem pertinet, si & eo edicto de mutuo nominatim fuit comprehensum. Nam si de eo intelligebatur tantum ex appellatione generis, non minus & de cæteris caussis in huius edicti explicatione agendum fuit, cum certi appellatio generalis non minus ad eas pertineret. Sed movet me in primis necessitas huius contractus exprimendi: quæ eiusmodi est, ut nisi de eo exprimeretur, nulla omnino futura fuerit certa actio de mutuo, ac ne condictio quidem certi ex hoc edicto. 6

Occur-

7 Occurrit enim ante hoc edictum † nullam fuisse vulgarem & usitatam actionem ex hoc contractu. Argumento est, quod cum ex emptione actionem esse dicamus ex empto, ex societate pro socio, ex tutelæ administratione tutelæ; omninoque ex aliis contractibus certis certæ sint & vulgares actiones, quæ ex contractu nominentur: *L. 3. infr. de præsc. ver.* tamen ex mutuo nullam eiusmodi actionem fuisse legimus: nusquam enim nominatur actio mutui, seu ex mutuo: nam quod alicubi legitur actio pecuniæ creditæ, ut *L. pen. in fi. infr. de inst. act.* & *L. rescriptum, §. 1. infr. de dist. pig.* non actionis mutui nomen exprimitur (id enim constat mutuo olei, vini, frumenti, & similium rerum convenire non posse) sed significatur actio, quæ sit de pecunia credita, seu pecuniæ creditæ nomine. Et vero nullam fuisse eiusmodi, aut nunc esse hinc constat, quod traditur *Inst. quib. mo. re. cont. obl.* unam ex mutuo nasci certi condictionem. Atqui hæc primum proposita est hoc edicto: unde, ut edicti huius propria ex verbis primis edicti appellatur actio, si certum petetur. *L. 1. infr. de cond. trit.* de quo mox plura. Ut plane consequens sit neque hanc actionem ex mutuo, neque aliam ullam certam & vulgarem ante hoc edictum fuisse. Post hoc edictum esse cœpit, sed ut dixi, sola certi condictio ex hoc edicto. At quomodo hæc ipsa de mutuo ex hoc edicto esse potuerit, videamus. Omnino vero esse non potuit, si generaliter tantum promitteretur certi condictio ex his caussis, ex quibus certum petitur, seu promitteretur generaliter ex omnibus caussis, *si certum petetur*. Etsi enim ex iis caussis, ex quibus iure civili agi & peti quid potest, est mutuum: utpote in quo, si nihil aliud, at certe non sit nuda conventio, sed primus dem ea conventione, ut reddas; *L. iurisgentium, in pr. supr. de pact.* tamen hæc conditio, *si certum petetur*, edicto addita mutuum excluderet, si ante nulla esset certa & vulgaris actio ex eo contractu. Hac enim de caussa eveniret, ut cessante vulgari & usitato nomine actionis, sola hic competeret actio præscriptis verbis. *L. 1. & 2. infr. de præsc. verb.* Hæc certum non petit, cum ex ea agatur in id quod interest, etiam cum do, ut des. *L. naturalis, §. & si quidem, infr. de præscr. verb.* id autem quod interest, incertum. *L. si pœnam, infr. de verb. obl.* Quapropter si vellet prætor etiam de mutuo condictionem certi introducere, quod illum voluisse ex ipsa actione quæ nunc est, intelligimus: necesse habuit & de mutuo exprimere, ut significaret, etsi ex eo ante non ageretur certi, seu non peteretur certum, tamen quia in eo re vera inesset certum, se quoque id complecti, & de eo condictionem hanc dare. De cæteris caussis exprimere non fuit necesse, cum hæ satis verbis conditionis continerentur: quippe quæ certas & vulgares actiones haberent, ex quibus & certum peti poterat, si certum in obligationem venisset. Qua ex re rursum adducor, ut existimem hoc edictum potissimum mutui caussa comparatum esse: & vero in hoc solo contractu fuisse necessarium: sed accidisse hic prætori, quod & in aliis caussis usu illi venisse constat, ut cum ex una caussa, ex qua esset necesse, vellet introducere certi condictionem, occasione hinc nata progressus sit longius, & de genere toto certi edixerit, ut de his caussis polliceretur hanc actionem, etiam in quibus necesse non erat, sed tantum utile: de quo amplius ad *d. L. certi, infr.* De stipulatione quidem certa fuisse necessariam certi condictionem non minus, quam de mutuo, declarat quod & de hoc genere non alia actio prodita est, quam hæc ipsa certi condictio. *Inst. de verb. obl. in pr.* Sed verisimile est ideo prætorem de stipulatione hoc edicto nominatim non cavisse: quia de eo proprio edicto separatim edicendum putarit. Ei enim qui de stipulatione edicere vellet, eodem edicto & de stipulatione incerta cavendum fuit: quod nisi proprio edicto non putuit præstari, cum ex incerta stipulatione non possit esse certi condictio, sed sit incerti ex stipulatu. *d. tit. de verb. obl.* Id autem huic edicto non convenit. Atque id edictum accipi volo, cum scripsi ad *L. stipulationum, 74. num. 2.* edicto comprehensum nominatim de mutuo & stipulatione: delendum enim verbum, *illo*, quod illic additum nolim: & hoc sentio, comprehensum de utraque caussa nominatim edicto: sed de mutuo, edicto hoc quod est de certi condictione; de stipulatione autem proprio edicto. Hoc cognito de conceptione huius edicti, qualem eam fuisse ex his quæ diximus, omnino consentaneum est existimari: hinc iam statim intelligimus, cum qui edictum de certi condictione nominet, re ipsa & condictionem certi complecti, & mutuum: quia edictum & illam polliceatur, & de hoc nominatim exprimat. Quod si hoc accedet, ut his verbis, *si certum petetur*, significetur aliquando edictum ipsum: habebimus de significatione tituli, quod volumus Sumemus

memus enim quod rei conveniat, ut fit in ambiguis. *L. quoties idem infr. de ver. sig.* Sic deinde efficietur is titulus, qui de condictione certi, & mutuo pariter pollicetur, quod quærimus. Atqui eadem ista conceptio edicti nos admonet sic hæc verba accipi posse, & cum res postulat, accipi debere, ut edictum significetur. Non enim tantum conditionem habent, quam exprimunt de sententia prætoris; sed quod præterea in superiore edicto observandum est, ab his ipsis edictum incipit.

8 Sic est usus † iuris: prima verba edicti cum per se ponuntur concisa, ita ut proprie accepta nullam per se sententiam absolvant, neque cum præcedentibus aut sequentibus cohæreant, sic usurpari solent, ut notent aut edictum ipsum, cuius prima verba sunt, aut actionem eo edicto comprehensam. Quorum in priore inest Synecdoche auctoribus familiaris, ut ex initio edicti, idest, ex parte prima & maxime conspicua, quæque sequentia velut digito indicat, intelligatur totum, nempe edictum; in posteriore inest metonymia, ut ex edicto, cuius significatio his verbis ante præsumpta est, intelligamus actionem, quæ continetur, idest, actionem edicto propositam. Primis verbis edicti ubi aperte & nominatim appelletur edictum ipsum, non ita fortasse statim & facile reperias. Sed in interdictis prætorum ex horum primis verbis notari interdicta ita est usitatum, ut nihil sit usitatius aut frequentius. Est interdictum, quod dicitur Quorum bonorum. *L. 1. in fin. infr. quo. bon.* nempe ex eo, quia initium ita est, Quorum bonorum possessio ex edicto meo illi data est. *d. L. 1. eod.* Est quod dicitur Quod legatorum: similiter & ex eo, quod huius initium est, Quod legatorum nomine tenes possides. *L. 1. infr. quod leg* Sic dicitur interdictum Unde vi, cuius initium est, Unde vi tu illum deiecisti. *L. 1. §. ex interdicto, & in prin. infr. Unde vi.* Sic uti possidetis, cuius initium est, Uti possidetis eas ædes. *L. 1. §. est igitur, & in pr. infr. uti pos.* Sunt & alia complura eiusmodi. Quæ ratio est interdicti, eadem & edicti, ut quemadmodum ex primis verbis interdicti ipsum interdictum, sic ex primis edicti eodem modo edictum intelligatur; dicamusque recte edictum: Quod metus caussa, id cuius initium est, Quod metus caussa factum est, *L. 1. supr. quod met. cau.* edictum. Si quis ius dicenti non obtemperaverit, dum id intelligimus, cuius initium fuit his ipsis verbis. Non exprimitur id quidem fortasse sub his titulis, qui sunt de his caussis compositi in Pandectis: sed non obscure significatur. Nam in titulo Si quis ius dicenti non obtemperaverit, nulla alia verba sunt, quam hæc ipsa: tamen in *L. unica*, quæ ei titulo subiecta est, *§. pen.* nominatur hoc edictum: cum prius nullum sit præmissum edictum præter id quod titulus indicavit: ut appareat hanc appellationem ad id, quod in titulo erat, referri, & dici edictum, Si quis ius dicenti non obtemperaverit, cum intelligeretur totum edictum cuius prima verba hæc fuerunt. Sic & titulus, Quod metus caussa gestum erit *supr.* præter hæc ipsa verba nihil habet. Et tamen statim in *L. 1.* edictum ipsum totum proponitur, cuius superiora verba tantum pars & initium sunt: ut non sit obscurum verbis illis tituli, quæ sunt edicti prima, hoc ipsum edictum, quod subiicitur, significari. Neque hoc nostrorum est tantum, iuris auctores dico, ut ex primis verbis alicuius scripti totum scriptum designent: sed habent hoc & cum aliis bonis auctoribus commune. Sic enim & Virgilius in Daphnide in extremo Æglogam quandam suam appellavit,

.... *Formosum Corydon ardebat Alexin*

& item alteram,

.... *Cuium pecus, an Melibæi,*

cum intelligeret eas, quarum initia hæc erant, idest, secundam, & tertiam. Significatione hac posita, inde & alia nata est, ut iisdem verbis primis edicti interdum actio edicti significaretur. Notabant enim prius verba hæc edictum: ex edicto quod continet, id quod continetur deinde acceptum est. Hac ratione dicta est actio, Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur *L. 1. supr. Si quand. paup.* ut sit actio ex edicto, cuius initium est, Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur. Nam hæc actio primum quidem orta est ex lege XII. tabularum: sed hinc sumpta proposita est diligentius edicto prætoris, cuius id initium fuit, quod diximus, unde & nomen accepit. *d. L. 1. §. 1. si quod.*

Eodem modo † dicta actio, si certum petetur: sic enim quædam nominatur in *L. 1. infr. de cond. trit.* Quam quidam putant propriam quandam actionem esse de pecunia certa numerata, diversam a certi condictione sed nullo ne probabili quidem argumento. Ego eandem esse cum condictione certi, vel potius his verbis notari condictionem certi non dubito. 9

to. Neque enim hæc verba, *actio si certum petetur*, ex usu perpetuo iuris & omnium probatorum auctorum, aliter resolvi aut exaudiri possunt, quam ut intelligatur actio ex eo edicto, sive ea parte iuris, cuius initium sit, *si certum petetur*. Nullius porro edicti prima verba sunt, *si certum petetur*, nisi eius, quo promittitur actio sub hac ipsa conditione: neque hac conditione alia competit, quam certi condictio. *L. certi*, *infra*. Idque ipsum edictum est, de quo hic agimus. Quapropter actionem *si certum petetur*, ut actionem huius edicti, sic eandem & condictionem certi accipere debemus. Et quæ posset tandem competere sub hac conditione, *si certum petetur*, nisi ea qua certum petitur? hæc vero non alia est, quam certi condictio. *d. L. certi*. Nisi quis certum in ea actione putet non rem certam omnem dici, sed proprie pecuniam certam numeratam. Quod quam dici non conveniat, ex his quæ de significatione certi supra disserui, intelligi potest. Nam quod scribit Ulpianus in *L. 1. infr. de cond. trit.* eum qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti, Si certum petetur: ita quidem scriptum est, ut appareat illum voluisse his verbis excludere aliquid: sed verbo actionis excludere voluit alias actiones, non verbo pecuniæ numeratæ res alias: de quo commodius ad *L. 1. infr. de condict. trit.* Illud tenebimus, actionem quoque, *si certum petetur*, eadem analogia ex initio edicti dictam esse: ut sit actio ex edicto, cuius initium est, *si certum petetur*; eadem quæ certi condictio, quæ sola hoc edicto proponitur hac conditione, *si certum petetur*. Ex his apparet, in usu iuris tribus modis accipi posse hæc verba, *Si certum petetur*. Cum cohærent cum reliquis verbis edicti, aut aliam orationem subiunctivam congruentem habent, conditionem exprimunt, ad quam significandam sunt inventa: ut sit sensus, promitti hic, aut fieri aliquid, si res certa aliqua petetur. Cum concisa per se ponuntur, non amplius eam conditionem exprimentia, alias edictum notant, cuius sunt prima verba; alias actionem eius edicti propriam. In hac ambiguitate quid loco conveniat, spectandum est, & quod convenit, sumendum. Id iam non difficile est videre ex his, quæ diximus.

Si conditionem in his verbis accipimus, quasi dicatur ius hic proponi ex hac caussa, atque hac conditione, *si certum petetur*, nihil facimus quidem abhorrens a verbis, & usu loquendi veterum: sed mutuum omittimus, de quo maxime titulus polliceri debuit, cum de eo maxime sub hoc titulo agatur. Si intelligimus actionem, *si certum petetur*: quasi his verbis ea actio promittatur, quæ non alia est, quam certi condictio: bis vitiosum titulum inducimus, tum quod ex hac significatione posterius membrum redundat, tum quod neutro membro de mutuo exprimitur: ut palam sit neutram interpretationem tractationi subiectæ convenire. Quod si his † verbis edictum notari in- 10 telligimus, confecta res est: sit titulus & verbis & rei propositæ convenientissimus; ut sit sententia: Sequitur edictum, *Si certum petetur*, idest, id cuius est hoc initium: quo edicto nominatim de mutuo cavetur, de cæteris caussis certis non nisi per occasionem & tantum generaliter; in universum autem de omnibus pariter datur certi condictio. Habes his verbis summam huius tituli breviter & commode comprehensam: sic enim vi ipsa pollicetur titulus de mutuo & de certi condictione: quæ duo sunt capita summa hoc titulo exposita, neque plura ex professo. Quæ cum interpretatio ut verbis congruit, ita & rem totam significanter complectatur: duæ res eam a nobis flagitant: primum lex interpretandi, quæ dictat in ambiguo sermone eam sententiam sumendam, quæ rei est aptior. *L. quoties idem*, *infra*, *de reg. iur.* Deinde ipse usus veterum in primis verbis edicti pro edicto aut actione edicti usurpandis, qui eiusmodi est, ut non soleant his verbis exprimere actionem, nisi cum hoc ipsum verbum actionis adiiciunt, ut dicant actionem *si certum petetur*, actionem *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*. Unde intelligimus cum hoc verbum non additur, ut in hoc titulo accidit, potius his verbis significari id totum, cuius prima pars sunt illa verba, idest, ipsum edictum.

Sed additur in hoc titulo, & *de condictione*, quod etiam ex superiore interpretatione videri potest otiosum, cum edictum & de hac complectatur. Verum hoc ita † interpretandum est, quasi dictum esset: & *maxime de condictione*, intellige, 11 de condictione huius sive certi, quod appellatum est, sive edicti propria, idest, de condictione certi. Quod ideo additum est, quia huius tractatio quodammodo per omnes partes tituli fusa est. Nam & tunc cum agitur de mutuo, simul & de hac agitur, ut quæ pariter & ex mutuo competat. Sic & titulus Codicis accipiendus est, *de servitutibus & aqua*. Valet enim, de servitutibus, & maxime de aqua seu aquæ-

aquæductu. Nam alioqui & aquæductus servitus est, ut nisi illud *maxime* intelligimus, satis contineatur verbo servitutum. Sic & titulus, De iniuriis & famosis libellis, ut fit de iniuriis, & maxime de famosis libellis, nam & libelli famosi species sunt iniuriæ.

12 Ex hoc sensu habemus, quod de titulo secundo libri quarti Codicis iam certo respondeamus. Sola illic hæc inscriptio est, *Si certum petatur*. Certum non significare mutuum ante docuimus, & pro certo haberi debet. Solum tamen agitur de mutuo sub eo titulo. Quomodo igitur titulum rei subiectæ convenire dicemus? Hoc modo: si titulus ita exaudiatur, ut hic ex usu veterum accipi debere diximus, edictum seu pars edicti, vel tractatio pertinens ad edictum *Si certum petetur*. Quod & verum est: tractatur enim illic, ut dixi, de mutuo. Edicti, *Si certum petetur*, pars est mutuum. Quanquam & per mutuum agitur etiam sub eo titulo de certi condictione altero capite edicti, quando & hæc ex mutuo competit. Sed ideo non est additum, & *de condictione*, quia ibi de ea non tractatur ex professo, & quatenus ex aliis quoque caussis datur, ex quibus certum petitur, ut hoc loco. Sic titulus usum & significationem verborum retinens etiam re præstat, quod pollicetur, dum ea exhibet, quæ sunt huius edicti, atque hoc modo reprehensionem omnem effugit.

Ad L. E re est. 1.

Ulpianus libro 26. ad Edictum.

E re est priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur. Nam (ut lib. 1. Quæstionum Celsus ait) credendi generalis appellatio est, ideo sub hoc titulo prætor & de commodato & de pignore edixit. Nam cuicunque rei assentimur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale prætor elegit.

S U M M A R I A.

1. *Tituli*, De rebus creditis, *significatio explicatur in L. 1. & cur huius potius, quam illius*, Si certum petetur.
2. *Significationem tituli huius initio explicare, cur e re esse dicat Ulpianus.*
3. *Tituli* De rebus creditis, *a prætore variis contractibus præmittendi ratio.*
4. *Edicta uti publice proposita olim.*
5. *Edicti compositor cur dicatur Iulianus, & quid sit.*
6. *Contractus quid. Contractus nullus sine obligatione, &* num. 9.
7. *Contractus ut recte dicatur conventio.*
8. L. Labeo libro, de ver. sign. *explicatur: & quo sensu dicatur contractus esse obligatio.*
9. *Verbalia in io quid significent in usu iuris.*
10. *Contractus mutuam obligationem non desiderat.*
11. *Contrahere quid sit proprie, & cur hinc contractus appellatus.*
12. *Contractus mutuæ obligationis conventionem significat ex loco subiecto in* L. Labeo, de verb. sig. *& unde id colligatur.*
13. *Quasi contractus dicitur contractus abusive.*
14. *Hæc verba*, Quos alienam fidem secuti instituimus, *cur addita, cum videretur sufficere, contractus nominasse.*
15. Credere *quid.*
16. Mori *quid.*
17. *Nec credere, nec creditores esse, qui alienam fidem non sequuntur.*
18. *Creditum non est contractus, sed pars contractus: sic tamen, ut ex parte præcipua totum intelligatur.*
19. *Cur* De rebus creditis, *non de rebus debitis.*
20. *Cur non potius De rebus contractis?*

E Re est] Præfatur Ulpianus se de significatione tituli pauca referre velle, idque prius quam ad verborum interpretationem perveniat: ac cur velit, rationem hanc reddit, quia e re sit id facere. Ait, de significatione tituli. Cuius tituli? Nam duos in inscriptione præcedente esse diximus; unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur*, & *de condictione*. Et ex sequentibus apparet, eum † dicere titulum *De rebus creditis*, & 1
solum. Nam & hunc paulo post nominat, & huius solum significationem attingit. Sed

cur

cur hunc interpretatur potius, quam alterum, *Si certum petetur*, cum hi duo sint, & uterque huic parti præfixus? Observandum est Ulpiani hæc esse, sumpta ex eius libris ad edictum, ut inscriptio capitis ostendit. Ex huius instituto & mente, quod scribit, accipiendum est, & videndum, quid fuerit in eo, quod interpretabatur. Interpretatio enim ad id accommodata non potuit aliud referre, quam id ad quod referebatur. Scribebat autem ille non ad inscriptionem istam superiorem, quæ a compositoribus Pandectarum nota est; sed ad edictum prætoris, idque unum habuit sibi propositum. Iam vero in edicto perpetuo in ea parte iuris, quæ est de contractibus, de qua hic agitur, unus fuit hic titulus communis, *de rebus creditis*. Quæ specialia huic titulo subiecta sunt, edicta tantum fuerunt de singulis contractibus: sic enim postea scribit: *multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit:* & hæc iura intelligit edicta: subiicit enim, ideo sub hoc titulo prætor & de commodato, & de pignore edixit. Recte ergo & ex instituto Ulpianus unum tantum titulum dixit *de rebus creditis*, & hunc unum est interpretatus, cum in edicto, quod interpretabatur, unus tantum hic esset titulus. Atque hinc iam statim ab initio plus quam liquido apparet, titulum *De rebus creditis* separatum fuisse a titulo *Si certum petetur*. Sed & illum generalem esse, & totius tractatus, qui de contractibus paulo post subiicitur. Quod ait: *prius quam ad verborum interpretationem perveniamus*; verba intelligit non tituli, quorum interpretationem statim aggreditur; sed verba quorum explicationem ex professo instituit, idest, verba edicti, quod primum occurrit sub hoc titulo, nempe de mutuo & certi condictione, ad cuius edicti interpretationem sese parat. Ait autem e re esse id facere. Sic enim Pandectæ Florentinæ, E RE EST, & recte.

2 Significat enim † esse ex usu, utile esse, rem postulare, ut ita faciat. Et est quidem utilitas ea communis ex cognitione omnium titulorum, ut significatione eorum cognita sciamus, qua de re agatur sub unoquoque, ut si quando ea sit opus, habeamus, unde id petere liceat. Sed alia de caussa utile esse de significatione huius tituli dici sentit Ulpianus. Sequentia enim declarant propositum esse ei docere, recte prætorem hunc titulum hoc loco præmisisse, cum totus in eo sit, ut id factum ratione confirmet. Id quoniam nisi ex significatione verborum intelligi non poterat, & tamen conveniebat intelligi, ideo e re esse dicit, ut de ea significatione pauca referat: *referat*, dicit: quia quod de hac re scribit, potissimum ex Celso refert. Per occasionem ergo de significatione tituli dicit: Summa autem huc spectat, ut ex ea factum prætoris defendat.

Sed quid opus † fuit in eo facto probando laborare, si nulla dubitatio est, quin prætor hunc titulum recte hoc loco præposuerit? Hanc vero dubitationem nullam esse dixeris. Constabat enim prætorem præposuisse hunc titulum iis edictis in quibus de contractibus variis agebatur. Congruit titulus, si omnes contractus continet. Quid est autem caussæ, cur negemus hunc esse talem? Quod si hic nulla dubitatio est, ne e re quidem est, sed otiosum de significatione tituli dicere, ut quod non eget probatione, recte factum probetur. Et certum est, nisi quæ dubitatio huic titulo obstaret, non fuisse laboraturum Ulpianum in eo, ut facti prætoris rationem redderet. Sed non caruit factum dubitatione. Credibile est autem usum verbi ancipitem huic dubitationi caussam dedisse. *Creditum* enim in usu iuris ut plurimum pro mutuo usurpatur: & credere est mutuum dare in Senatusconsulto Macedoniano. *L. 1. & L. 4. infr. de Senatusconf. Mac.* de quo mox plura ad *L. 2. in extremo, infr.* Id si credendi verbum tantum significat, aut etiam si proprie significat, non dubium, quin non recte præmittatur hic titulus omnibus contractibus subiectis, quando verbum ad solum contractum mutui pertinet. Huic ergo dubitationi occurrit Ulpianus significatione verborum exposita. 3

QUONIAM IGITUR MULTA] Ex significatione verborum ut dixi, instituit docere recte hunc titulum præmissum hoc loco a prætore. Ideo prius factum prætoris ponit, eiusque facti rationem, cuius deinde probationem ducit ex hac significatione. Est autem hæc sententia: Præmisit hoc loco prætor titulum rerum creditarum, idest, de rebus creditis; idque hac de caussa, *quoniam multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo inseruit*. Recte prætor, qui ideo huic argumento hunc titulum præmiserit. *Omnes enim contractus*, inquit Ulpianus, *hic titulus complectitur*. Optima ratio. Is enim demum rectus est titulus, qui multas species sibi subiectas habens, eiusmodi est, ut generalis sit, & omnes vi sua complectatur. Talis est autem hic titulus, qui variis contractibus præpositus est, si contractus non paucos quosdam, aut etiam plu-

plures, sed omnes complectitur: qualem esse eum hæc ratio ostendit. Solum hoc habuit dubitationem, an esset talis: quod probat deinceps subiecta verborum tituli significatione. In verbis hæc expendenda sunt. Titulum rerum creditarum vocat, qui in edicto inscriptus fuit *De rebus creditis* eodem modo, ut in inscriptione huius partis legitur. Non enim dubium est, quin compositores rem tituli ex edicto perpetuo sumentes verbis quoque iisdem, quæ in edicto fuerant, uti voluerint: ut ex verbis superioris inscriptionis verba quoque tituli prætorii liceat agnoscere. Dixit autem titulum rerum creditarum, qui est de rebus creditis, ut si quis titulum de damno infecto appellet titulum damni infecti; titulum iniuriarum, qui est de iniuriis: nam & stipulationem damni infecti & stipulationem de damno infecto pro eodem passim legimus sub tit. de damno infecto. Ait eum præmisisse hunc titulum. Non ergo prætor tantum proposuit edicta, sed etiam edictis titulos. Ait item eum sub hoc titulo varia edicta de contractibus inseruisse. Ergo etiam digessit prætor edicta in ordinem, & generibus distincta sub certis titulis collocavit. At quomodo prætori hoc tribuitur, cum prætor non sit scriptor, qui composuerit de edictis libros, sed populi Romani magistratus, qui edicta, idest, prætorias leges publice proposuerit, ut pro iure observarentur: cum præterea edicti prætorii conditor & ordinator dicatur non prætor, sed Iulianus? *L. 2. §. sed quia divinæ, C. de vet. iur. enu. L. pen. C. de cond. ind.*

4 Et sciendum † est ita prætorem fuisse magistratum populi Romani, non aliquem scriptorem; ita edicta fuisse prætorum leges, non libros, ut tamen prætor edicta publice proposita haberet in albo ita, ut inde esset omnibus legendi & cognoscendi copia. *L. 2. §. eodem tempore, supr. de orig. iur. L. 1. C. de int.* Et quoniam fiebat id eo consilio, ut Pomponius scribit in *d. L. 2. §. eodem.* ut scirent cives, quod ius de re quaque quisque dicturus esset, seque præmunirent: consentaneum est hæc non confuse & tumultuarie, sed certis generibus utcunque notata & distincta proposita fuisse, ut quæsita ad quanvis occasionem de unaquaque specie facilius reperirentur. Certe ita fieri debere ei consilio, quod dixi, consequens fuit. Et vero ita factum esse usus veterum declarat. Hinc enim mos producendi adversarium suum ad album, cuius mentio est in *L. 1. supr. de ed.* Hæc productio eo spectabat, ut notata parte edicti, ex qua quis agere vellet, intelligeret reus, qua actione secum ageretur: quod fieri commode non poterat, nisi essent summa saltem genera rerum titulis convenientibus notata, ex quibus peterentur singularum rerum ad ea genera pertinentium actiones. Atque hinc est etiam, quod de edictis ad contractus varios pertinentibus a prætore factum hic scribit Ulpianus. Nempe hæc unum in locum conducta erant, & ut argumenti genus posset notari, his omnibus prætor titulum præmiserat, *De rebus creditis*.

Composuit deinde, idest, in ordinem † 5 redegit Iulianus edicta omnia diligentius & exactius; cui operi auctoritas Senatusconsulto tributa est Hadriani temporibus, ut deinceps quæ illic edicta erant, pro iure perpetuo servarentur. Ex quo primum id totum opus edictum perpetuum cœpit appellari, & Iulianus dici edicti perpetui conditor & ordinator: de quo scripsi ad *L. interpositas, C. de transf.* Et ad hoc edictum, idest, ad hoc opus scripsisse iuris interpretes, qui postea secuti sunt, liquet ex *L. 2. supr. de stat. hom.* Sed qui titulus primum a prætore in his edictis publice proponendis præpositus erat, idem in compositione edictorum a Iuliano retentus est: quo factum est, ut is prætori ut auctori semper merito tribuatur.

Ait hunc titulum *complecti contractus* 6 *omnes*. Quod solum si dixisset, recte & sine exceptione vere dictum esse constaret, si modo quid sit contractus, & quid credere, intelligeremus. Sed addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, quasi aliqui contractus sint, quos alienam fidem secuti non instituamus, quod secus est. Nullus est enim contractus, qui non habeat in se conventionem. *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Proinde nullus, qui non habeat fidem alterius nobis datam, quam sequamur. Id enim continet conventio. Unde quod edictum est de pactis, idem de fide servanda esse dicitur *d. L. 1. in pr. de pact.* Cur ergo hæc verba adiecit Ulpianus? Non utique discretionis caussa, quasi quidam sint contractus huiusmodi, quidam non sint; sed ambiguitatis, quæ in verbo contractus inerat, tollendæ gratia. Quod cum recte intelligi non possit, nisi definitione & significatione verbi contractus cognita: tribus de caussis faciendum est, ut quid sit contractus, & quam varie hoc verbum accipiatur, hoc loco exponamus: primum ut quoniam hac parte tractatio instituitur de contractibus, iam statim a principio intelligatur, quid sit id de quo agitur

agitur: tum ut hoc loco certius statuatur, quid valeat illud, *omnes*; quo verbo species generi subiectæ omnes comprehenduntur, sed ita, ut hæ tales futuræ sint, quale est genus, cui subiiciuntur: postremo ut eodem hoc loco sciatur id quod quærimus, quam recte addiderit demonstrationem illam Ulpianus, & an sint aliqui contractus, in quibus alienam fidem non sequamur.

Contractum definit Theophilus in *§. ult.*
6 *Inst. de obl.* ut sit † duorum pluriumve in idem conventio, & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Dicere debuit contractum esse conventionem, aut si explicatius malumus, duorum pluriumve placitum & consensum, ut quid detur aut fiat uni ab altero, quo & ipso alter alteri obligatur. Nam in illa priore definitione pleraque sunt supervacanea, quædam omissa necessaria ad definitionem. Quod conventionem nominat, cum dicat esse duorum consensum in idem, superfluum est: quoniam hic ipse duorum consensus uno verbo dicitur conventio. *L.* 1. *§.* 1. *supr. de pact.* Aut si contractum conventionem dici placeet, superfluum est addere duorum in idem consensum, cum conventio nihil aliud sit, quam hic ipse consensus. Quanquam nec recte dicitur duorum pluriumve in idem conventio, cum solo verbo conventionis vi ipsa cætera contineantur. Superfluum & illud, ad constituendam obligationem. Hoc enim satis exprimit, qui dicit posterius, ut alter alteri fiat obnoxius, sive ut alter alteri obligetur: cum si conventione id agatur, ut obligetur alter alteri, necesse sit id agi, ut obligatio constituatur: neque enim obligatur quisquam, nisi constituta obligatione, qua teneatur. Illud plane vitiosum est, quod dicit contractum esse conventionem in hoc, ut alter alteri obligetur, nec quicquam adiicit. Neque enim ad contractum satis est convenisse, ut quis obligetur: nisi ut convenit, ita & is obligetur. Alioqui cum convenit inter nos, ut mihi Stichum dares, ego tibi Pamphilum permutationis caussa: ubi id agitur, ut tu mihi dare debeas, id est, mihi obligeris, ego tibi: nuda hæc pactio contractus erit: quod non ita est. Contractus omnis obligationem & actionem parit. *L. iuris, in pr. supr. de pact. L.* 3. *infr. de præs. ver.* Unde inter caussas obligationis una ex præcipuis contractus ponitur in divisione obligationum. *§.* 1. *Inst. de obl.* Nuda autem pactio qualis est superior, obligationem non parit, *L. ex placito, C. de rer. per. L. iuris, §. sed cum nulla, L. divisionis, supr. de pact.* unaque hac nota maxime nuda pactio dandi faciendive a contractu distinguitur in *d. L. iuris, §. sed cum nulla.* Non est igitur nuda pactio contractus, quantunvis ea id agatur, ut qui promittit, ei cui promittit, debeat, idest, obligetur. Sunt quidem contractus, qui solo consensu, solaque conventione dandi aut faciendi perficiantur, ut emptio, venditio, locatio conductio, & similes; *Inst. de obl. ex cons.* sed minima pars est huius generis: & qui sunt huiusmodi, non ideo sunt contractus, quia interpositi sunt tantum obligationis constituendæ caussa, sed quia re vera hanc ipsam constituunt. Vitiosa ergo definitio, quæ & aliis convenit, quam contractui, nec in ulla specie contractuum, quod contractus proprium est, exprimit. Duo sunt omnino contractus propria, quæ coniuncta contractum statuunt; conventio dandi faciendi caussa interposita, & huic adiuncta obligatio. Quapropter recte definiamus potius eo modo, quo supra diximus, ut sit contractus conventio; vel ut hoc ipsum dicatur plenius, duorum pluriumve placitum & consensus, ut quid detur aut fiat, quo alter alteri obligatur. Conventionem, seu duorum consensum cum Theophilo dicimus. Et est quidem ita, ut nullus sit contractus sine conventione, *L.* 1. *§.* 1. *supr. de pact.* ac ne stipulatio quidem; tametsi hæc maxime verbis confici dicitur. *L. inter, §.* 1. *L. continuus, §.* 1. *infr. de ver. obl.* Eaque una res est, quæ contractus a quasi contractibus, maleficiis, & quasi maleficiis in divisione obligationum distinguit. Omnia enim pariter obligationem pariunt: in re & factis hoc interest, quod cætera sine consensu & conventione alium nobis obligant; contractus tunc est, cum volens volenti obligatur, hæc enim distinctionis nota inter contractus & quasi contractus statuitur toto *tit. Inst. de obl. quæ quasi ex con. nas.* nam de maleficiis & quasi maleficiis non dubitatur.

Sed ut nullus sit contractus sine conventione: dubites tamen non immerito, utrum contractus † recte dicatur conven- 7
tio. Non laborarem in eo, nisi & Ulpianus eodem modo vocaret. Is enim in dicta *L. iuris, in pr.* commodatum, depositum, quos re, non sola conventione fieri constat, & cæteros similes contractus differre dicit esse iuris gentium conventiones, quæ actiones pariant: addit & transeant in aliud nomen: sic tamen ut proprio nomine accepto nihilominus nomen generis perpetuo retineant. Nec dubium est,

est, quin & aliis iuris auctoribus contractus eodem sensu dicantur pactiones & pacta. Cum enim dicitur usufructus constitui posse pactionibus *L. 3. in pr. supr. de usuf.* certum est pactionis verbo non intelligi pactionem eam, ex qua actio non nascitur, sed eam ex qua nascitur. Ex qua autem pactione actio est, is est contractus. *d. L. iuris, in pr. de pact. L. 3. infr. de praes. ver.* Et cum dicitur traditionibus, non nudis pactis dominium transferri: *L. traditionibus, C. de pact.* non hoc tantum dicitur, dominium non transferri ea pactione, quae vulgo dicitur nuda, idest, quae actionem non parit; sed nulla omnino pactione transferri, ac ne contractu quidem, nisi ex eo traditio secuta sit: hoc enim ita ius est. *L. quoties, C. de rei vind.* Sed tamen dubites, an sic quoque recte vocentur contractus aut ab Ulpiano, aut ab aliis. Non enim omnes contractus sola conventione perficiuntur, sed plerique praeter conventionem etiam alias res ad obligationem desiderant: ex quibus alii conventione, & rei interventu constant, ut mutuum, commodatum, & caeteri qui re fieri dicuntur; alii conventione & verbis, ut stipulatio. Neque vero totum quod diversis partibus constet, recte unius partis nomine appellemus: exempli gratia, non recte videmur mutuum appellare posse conventionem, cum constet etiam rei traditione, quemadmodum nec recte id vocemus rei dationem, cum constet & conventione. Nam & homo constat duabus partibus, animo & corpore: non tamen recte dixeris hominem esse animum, aut hominem esse corpus; sed esse id, quod toti ex his duabus partibus composito conveniat. Constant aedes fundamento, parietibus, tecto; nemo tamen dixerit aedes esse fundamentum, aut parietes, aut tectum. Quod & in contractibus servandum esse, ne his verbum conventionis attribuamus, suadere videtur definitio Pedii relata in *L. 1. § 1. supr. de pact.* Sic enim concepta est: nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. Non potest quod continet, id esse, quod continetur. Contractus Pedio habet in se, idest, continet conventionem. Non est igitur contractus ea conventio, quae continetur. Sed ut hoc posterius Pedii recte dicitur, sic recte & prius: contractum nimirum esse conventionem, prout est conventionis significatio, ne forte aut priorem appellationem propter haec posteriora, aut haec ipsa propter priorum auctoritatem repudiemus. Ambiguum verbum est conventio in usu iuris. Interdum pro parte contractus accipitur in his, qui re aut verbis fiunt: interdum pro genere, quod totum contractum, qualiscunque is sit, ut speciem sibi subiectam continet. Pro parte contractus tunc, cum distinguitur conventio ab his rebus, quae praeter consensum ad obligationem contrahendam in contractu accedunt. Id quod fit docendi caussa, quo partibus distinctis magis intelligatur, quid ad contractum desideretur: veluti cum mutuum constare dicimus conventione, & rei mutuae datione; stipulationem conventione & verbis. Hoc modo contractus totum est, & ut totum dicitur habere ac continere in se conventionem ut partem, ex qua constat. Pro genere contractus usurpatur conventio, cum conventioni tribuuntur etiam eae res, quae ad conventionem adhibentur, ut in mutuo rei mutuae datio, in stipulatione verba. Quod & ipsum recte fit: si quidem conventionis est hoc totum, quod ista accedunt. Ut puta, quod placet in mutuo, ut res data reddatur, conventionis est sine controversia. Sed nihilominus & hoc est conventionis, quod res datur mutuo: quia consensus facit, ut detur, ac sine consensu dantis & accipientis data non esset. Idem & in stipulatione licet dicere de interrogatione & responsione: quae nisi ex consensu proficiscantur, nullam obligationem pariunt. Ita in summa totum est conventionis. Qua ratione pertinet conventio ad totum contractum, eumque ut genus speciem continet. Sit ergo contractus conventio, aut quod idem valet, duorum pluriumve placitum & consensus: aut si in quibusdam contractibus conventionem placet esse partem, saltem hoc ratum sit, nullum esse contractum sine conventione. Adiecimus, ut quid detur aut fiat, potius quam in idem: quia hoc *in idem* est generalius, pertinetque etiam ad pactum liberandi caussa interpositum. Ut autem quid detur aut fiat, proprium est contractus, quo solo obligatio istarum rerum constituitur. Idem valet, si dixerimus cum Theophilo contractum esse conventionem obligationis constituendae caussa interpositam, propterea quod non est obligatio, nisi in dando aut faciendo. *L. 2. in pr. infr. de ver. ob.* Sed illud prius magis placet, quia est planius, eoque aptius ad definitionem. Sciunt enim omnes quid sit dare aut facere, eoque quid agatur, cum id agitur, ut quid alteri detur, aut fiat: quid sit autem obligatio, quod verbum iuris est, non statim omnes intelligunt: & ut intelligant, tamen

men

men hoc amplius quærendum est, in quo obligatio hæc versetur. Ut detur fiatve uni ab altero, commune est omnium conventionum. Nam neque paciscì aut contrahere possumus, ut quæratur alteri; *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. & act. L. stipulatio ista. §. alteri, infr. de ver. obl.* neque ita, ut promittamus alterum daturum, facturumve. *L. inter, infr. de ver. obl. §. si quis alium, Inst. de inut. stip.*

8 Quod dixi, quo † quis obligatur, etsi satis supra ostendi proprium esse contractus: si quis tamen in eo amplius aliquid & certius desiderat, expressum est illa definitione Labeonis, quæ refertur in *L. Labeo libro. infr. de ver. sig.* is contractum definit esse *ultro citroque obligationem:* addit quidem *ultro citroque:* sed tamen & simpliciter vocat obligationem. Intelligit hoc verbo non id, quod usitate significat, vinculum iuris; sed factum obligandi, seu factum quo obligamur. Neque enim contractus est obligatio, idest, vinculum iuris, quod definitur *Inst. de obl.* sed ex contractu hæc obligatio nascitur. *§. ult. Instit. de oblig.* Contractus factum est, quod cum absolutum est, esse definit: unde facti esse dicitur, non iuris *L. consilio, in fin. infr. de cur. fur.* Obligatio ius est, sive res in iure consistens, quæ etiam post contractum manet, & potestate iuris subesse intelligitur. *Inst. de reb. cor. & inc.* Non ergo unquam Labeo hoc sensu contractum obligationem esse diceret: sed hoc sentit, quod dixi, contractum esse factum obligatorium, seu obligationem inter aliquos constituens. Sic autem contractus dicitur vel μετωνυμικῶς, ut intelligatur caussa ex suo effectu, idest, factum id ex quo obligatio oritur; vel quod est verius, proprie ea forma,

9 Qua verbalia † in io non tantum ius significant, sed maxime & prima origine actum notant eius verbi, a quo derivantur, a quo actu ad ius transferuntur. Actio definitur ius agendi, persequendive: sed prima origine actum ipsum seu id quod fit, significat. *Virtutis laus omnis*, inquit Cicero, *in actione consistit*, idest, in agendo. Atque hic actus, quia etiam tunc obtineri videtur, cum iure nobis licet quid agere: inde factum, ut actio pro potestate agendi iure constituta accipiatur. Eademque exceptionis, persecutionis, & similium ratio ac significatio est. Exceptionem alicui dari, aut competere dicimus, idest, ius exceptionis opponendæ; sed non minus recte dicimus exceptionem actori oppositam, actorem exceptione exclusum; quo non ius excipiendi, sed ipsum excipiendi actum significari apparet. Sic est & verbum obligationis: id in usu iuris sic fere usurpatur, ut declaret iuris vinculum, quo aliis tenemur; sed non minus recte factum obligandi, sic ut obligandi actus obligatio vocetur. Nec vero aliter accipi potest in illis verbis Pedii: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. L. 1. §. 1. supr. de pact.* Hic non intelligit Pedius obligationem, quæ iuris vinculum est. Hæc enim cum non exsistat nisi conventione interposita, & ea conventione, quæ postquam interposita est, evanuerit: non potest dici in se habere eam conventionem, quæ nulla est: non magis quam effectus in se habere suam caussam, quæ præcessit, & esse desiit: sed hoc dicit, nullum esse contractum, nullum factum, quo volens volenti obligatur, sive re, sive verbis fiat, quod non contineat in se eorum inter quos obligatio intercedit, consensum & conventionem. Ita factum ipsum, quod fit re aut verbis ad obligationem interponendam, vocat obligationem. Est igitur contractus omnis eiusmodi factum, quo quis alteri obligetur re vera, non quo id agatur tantum, ut unus alteri obligetur.

Sed † ut obligationem intervenire oportet, ut constituatur contractus: ita dum 10
hæc interveniat, non est necesse, ut uterque obligetur alteri mutuo: satis est, quod cum Theophilo diximus, si vel unus alteri, seu alter alteri obligetur. Et ita contractus verbum constanter apud iuris auctores usurpatur, ut si ex consensu duorum quis obligatur, illic dicatur contracta obligatio, & negotium ipsum, seu res gesta contractus, sive contrahentes invicem inter se obligentur, sive unus tantum alteri. Id quod satis declarat vetus illa, & omnium consensu recepta contractuum divisio, qua alii re fieri dicuntur, alii verbis, alii consensu, id est, consensu solo. *L. 1. §. 1. infr. de obl. & act. L. 1. §. 1. supr. de pact. §. ult. Inst. de obl. & act.* primo generi deinde subiicitur in primis mutuum, *Inst. quib. mod. re con. oblig.* secundum autem totum positum est in stipulatione: *Inst. de ver. obl.* quorum tamen in priore solus qui mutuum accepit, in posteriore solus qui promittit, obligatur. Sed & tot locis stipulatio contractus dicitur. *L. 1. §. 1. supr. de pact. L. certi, §. quoniam, infr. eod. L. non solum, infr. de obl. & act.* Neque aliter Cicero rem contrahere, & res contractas intelligit cum alibi, tum *Lib. 1. de offic.* cum

cum iustitiam dicit in hominum societate tuenda sitam esse, tribuendo suum cuique, & rerum contractarum fide: non enim eo minus fides est, etsi nos tantum eam alteri dedimus, nobis vicissim data non est. Sed hic dubitationem attulit superior definitio Labeonis, qui contractum definit id negotium, ex quo mutuæ sunt ex consensu obligationes, ut emptionem, venditionem, & similes contractus, *d. L. Labeo libro, de ver. sign.* Nec dubitari potest, quin Labeo id sentiat. Primum definit esse *ultro citroque*, id est, *invicem* obligationem. Si obligatio hic factum obligandi, seu factum quo obligamur significat, non possunt hæc verba aliter accipi, quam ut significetur factum, quo obligamur ultro citroque, ut adverbia ad actionem verbalis nominis explicandam referantur. Itaque non intelligemus contractum esse factum ultro citroque: quod solum si dixisset Labeo, nobiscum sentiret; sed esse factum, quo obligamur ultro citroque. Sed & si hæc verba essent ambigua; sequentibus tamen omnem dubitationem sustulisset, cum addit, quem Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem, συνάλλαγμα, ut verbi compositio indicat, id negotii genus est, quod commutationem rerum in se continet: quæ non fit, nisi ubi mutuæ obligationes sunt, & mutuæ præstationes. *L. iurisgentium, in pr. supr. de pact.* Exempla vero, quibus utitur, aperte eorum negotiorum exempla sunt. Quid pluribus opus est? Contractum Labeo eodem loco distinguit ab actu & gestu, & ab actu ita, ut *actum* dicat generale verbum esse, continens non tantum si quid consensu agitur (nam & maxime consensu quid agitur, *L. 3. infr. eod*) sed & si aut verbis, ut stipulatione, aut re, ut pecuniæ numeratione. Intelligit igitur *contractus* verbum esse speciale: nam si pariter & hoc generale est res easdem continens, perperam ista separat in eo, in quo sunt eadem. Hæc ergo, ut dixi, definitio dubitationem adfert, recténe, & ex usu iuris, ac sententia veterum dicamus contractum esse, ubi ex conventione duorum obligatio est, non tantum si uterque alteri invicem, sed etiam si unus tantum alteri obligetur. Sed de usu veterum & iuris in hoc verbo satis supra demonstratum est, hunc esse nimirum eum, quem diximus. Quin autem recte & ex proprietate verbi hoc modo contractum vocent veteres, ubi unus tantum obligetur alteri, ne hoc quidem potest dubitari; quod origo & vis verbi cognita declarabit. Dicimus rem & negotium contrahere, & res contractas, cum intelligere volumus obligationem consensu inter aliquos constitutam. Verbi ratio ex eo est.

Contrahere proprie est † rem quæ disie- 11
cta ac dispersa erat, cogere, & veluti in unum adducere. Unde illa apud Ciceronem ad Atticum *lib. 8. epist. 1.* contrahere cohortes, contrahere aliquo omnes copias. Et *contractis copiis* pugnare, apud eundem *disiecta manu* pugnare opponitur, *eodem libro in epist.* Gn. Pomp. Hinc recte & significanter dicimus rem contrahere cum aliquo, ut sit, efficere simul cum eo, ut rem cum illo constitutam habeamus, quæ antea nulla erat cum eo: rem, idest, negotium cum eo constitutum, unde aliquid vel nos ab illo, vel ille a nobis, vel uterque ab altero debeat exspectare. Et rem habere cum aliquo, est habere quod ab illo petamus, vel ille a nobis petat. Hoc sensu dicimus contrahere familiaritatem, contrahere amicitiam cum aliquo: quod nihil aliud est, quam efficere, ut una mihi amicitia sit cum illo, una coniunctio. Hanc in hoc genere significationem esse verbi contrahere, ex contrario possumus intelligere. Ut enim rem contrahere dicimus; sic dicimus rem distrahere, pro eo quod est, dissolvere obligationem. *L. 4. §. is quoque, infr. de obl. & act. §. pen. Inst. de obl. quæ ex qua con.* Quid est autem distrahere rem, nisi rem disiungere & separare, idest, facere, ne iam mihi simul res sit cum alio, quæ cum illo erat constituta? Quapropter in contrahendi verbo contraria nominis ratio & significatio est. Quid ergo? non recte Labeo, qui contractum esse definivit, ubi esset obligatio ultro citroque. Non recte: si contractum per se definiret, aut id faceret ex usu iuris auctorum, aut proprietate verbi: in quo aperte aliorum auctorum testimonio, & verbi origine refutaretur.

Sed recte ille in † loco, quem inter- 12
pretabatur, quoniam id fecit ex auctoris sententia. Observandum est enim illum sic ut supra diximus, contractum definivisse in eo loco, ubi tria hæc coniungebantur inter se, actum, contractum, gestum. Si coniunguntur hæc non otiose, aliud erit ex instituto loquentis *actum*, aliud *contractum*, aliud *gestum*. Et actum quidem est quod inter aliquos quovis consensu agitur, sive verbis quid agatur, sive re. Ab hoc si separamus contractum, ut fit apud Labeonem in *d. L. Labeo, de ver. sig.* nempe ab usitata & generali significatione hoc verbum ad speciem restringimus rei

magis

magis exprimendæ caussa, ut hic intelligatur contractus, ubi agitur quidem quid inter aliquos: sed ita, ut utrinque simul alter ab altero obligationem trahat. Neque novum est, quod verbum vi sua generale est, & ad omnes species pertinet, docendi caussa ad speciem unam certam contrahi, quo magis species singulæ suis nominibus notatæ intelligantur: ut in appellationibus inutili, rupti, & irriti testamenti factum esse docet Iustinianus in §. *alio*, *Inst. quib. mod. test. infir.* Nos hoc loco, quid per se & generaliter significet verbum contractus, quærimus. Rata sit igitur hæc definitio: contractum esse, quidquid fit consensu inter aliquos: eo quidem animo, ut constituatur obligatio; sic tamen, ut & ea constituatur: dum autem constituetur, nihil interesse, uterque alteri obligetur eo facto, an unus dumtaxat.

13 Interdum tamen quasi † contractum, ut tutelam, & negotiorum administrationem, quæ sine consensu dominorum geruntur, absolute contractum dici legimus, ut in *L. ex contractibus*, *infr. de obl. & act.* *L. sed cum*, *supr. de neg. gest.* Sed abusive ista ita dicuntur, dum scilicet nomen rei tribuimus ei, quod illius similitudinem gerit. Quo modo hypothecariam actionem, quæ introducta est ad similitudinem Servianæ, vere quasi Servianam, § *item Serviana*, *Inst. de act.* abusive ob hoc ipsum Servianam simpliciter nominamus. *L. si superatus*, *infr. de pig.* Cæterum tutelam & negotiorum alienorum spontaneam administrationem contractus non esse, quia duorum consensu non constent, aperte significatur in *L. si quis absentis*, *in pr. infr. de obl. & act.* & Tit. *Inst. de obl. quæ ex qua. con.* His de significatione & usu verbi contractus cognitis, habemus quod de sententia huius loci, deque his quæ supra proposita sunt, quærimus. Ait Ulpianus hunc titulum de rebus creditis complecti contractus. Superiore definitione quas res dicat, & de quibus sub hoc titulo, ac deinceps in hac parte tractetur, intelligimus. Ait hunc titulum complecti omnes contractus, ut intelligeremus potissimum contineri hoc titulo non tantum contractus eos, ex quibus mutuæ obligationes sunt, ut aliquando hoc verbum Labeonem accepisse legimus in *d. L. Labeo libro*, *infr. de ver. sig.* sed etiam eos ex quibus unus tantum alteri obligatur: quale est mutuum, indebitum solutum, pecuniæ constitutio: de quibus in hac parte sub hoc titulo agitur.

14 Addidit, *quos † alienam fidem secuti instituimus.* Inepte, si hic contractus proprie accipimus. Neque enim in hac proprietate hæc adiectio aliter accipi potest, quam ut sit discretionis nota, qua alii contractus ab aliis separentur. Quam discretionem contractus, qui proprie ita dicuntur, non admittunt. Ut enim docuimus, etsi cætera dubitarentur de contractus definitione: at certe illud non potest, quin nullus sit, qui non habeat in se conventionem, ut diserte scriptum est in *d. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Proinde nullos, in quo fidem ab alio nobis datam non sequamur. Sed interdum aliter contractus verbum usurpatur, ut diximus, abusive id quidem, sed tamen interdum. Ex quo ambiguitas in hoc verbo nasci potest. Ergo huius ambiguitatis vitandæ caussa Ulpianus hanc demonstrationem addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus eum contractus illos dicere, qui vere sunt contractus, & utiliate ita appellantur; non eos qui abusive, ut quasi contractus, in quibus ut alienam fidem non sequimur, sic nec credimus quidquam aliis, eoque nec illi ad hunc titulum pertinent. Atque hinc sciri potest, quam recte, certe quam cum Ulpiano sentiant, qui scribunt hæc verba *de rebus creditis* non solum omnes contractus complecti, sed porrigi etiam ad quasi contractus, & maleficia: quod eiusmodi est, ut si quis Ulpiano ex professo adversari vellet, non aliter potuerit scribere.

Nam ut libro primo quæstionum] Necesse est titulum esse generalem, cuius singulæ partes, idest, singula verba generalia sunt. Talem autem esse hunc titulum ostendit Ulpianus. *Credendi enim*, inquit, *generalis appellatio est*, *ut Celsus ait*. *Rei quoque verbum generale*. Recte ergo prætor hæc verba elegit, ut titulum generalem, & ad ea quæ subiecta sunt, pertinentem statueret. *Ideo*, inquit, *sub hoc titulo prætor & de commodato*, *& de pignore edixit*, idest, edicta proposuit. Quibus exemplis augendi caussa usus est potius, quam cæterorum contractuum, quia hi re fiunt: in quibus ob eam caussam minus apparet conventio, cum in his negotium re data magis geratur, quam aperta conventione. Et tamen usque adeo *credendi* verbum putavit prætor *generale*, ut non dubitarit etiam de his sub crediti titulo edicere. *Rei* verbum *generale* esse tantum dicit, non probat, quia verbi huius significatio in usu iuris, atque adeo apud alios quoque auctores sit notissima. Vide *L. rei appellatio*, *L. pecuniæ appellatione*, *L. pecuniæ nomine*, *infr. de ver. sig.*

15 Credendi autem (quod verbum erat obscurius) appellationem † generalem esse, & omnes contractus continere docet, in primis quidem Celsi auctoritate, quem huius sententiæ auctorem laudat: sed præcipue etymologia & definitione verbi: *nam cuicunque rei*, inquit, *assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur*. Recte, *cuicunque rei assentiamur:* nam prima origine verbi constat credere nihil aliud esse, quam alicui fidem habere. Hoc autem est assentiri alteri fidem danti, id vero fit in omnibus contractibus.

16 Quod ait, *mox recepturi quid ex hoc contractu*, non sic † accipi debet, quasi nullus sit contractus, nisi ex quo statim quid recipiamus; nam & in diem & sub conditione contrahimus, ut longo post tempore interdum recipiamus id, de quo convenit; sed aut mox hic positum est pro postea, ut & ab eodem Ulpiano in *L.* 1. *infr. de appel. rec.* a Scævola in *L. Seia*, §. 1. *infr. ad Vell.* aut significat quidem statim, ut est usitata verbi significatio; sed ita, ut ad mentem creditoris id referendum sit, qui semper fere hoc animo est, ut statim recipiat quid ex contractu, etsi nonnunquam, ac sæpe contra eveniat. Ex his autem verbis duplex dubitatio nascitur: una de sententia ipsa; altera de argumento quod inde ducitur. In sententia hoc primum animadvertendum est, non tradere Ulpianum hoc loco definitionem de iis qui alienam fidem secuti sunt, mox recepturi quid ex eo contractu, quasi his credendi verbum recte attribuatur: sed tradere huius ipsius verbi definitionem, sicque locum esse accipiendum, quasi ita scriptum esset, credere esse, cum alicui rei assentimur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu. Prius si diceret Ulpianus, non haberet sententia dubitationem: nihil enim certius, quam omnem qui alienam fidem in contractu sequitur, unde aliquid postea recipiat, recte dici credere. Sed sententia huic loco non convenit. Ante enim dixerat Ulpianus credendi generalem appellationem esse. Ad hoc probandum hanc ipsam appellationem subiicere oportuit, & docere esse generalem: quod efficitur huius verbi definitione, non autem ita, si dicantur aliqui credere, cum possit adhuc quæri, num appellatio ad alios quoque pertineat. Definitio ergo hic de verbo est, non autem de quibusdam personis, quas constet recte dici credere. Ex quo incidit res in difficultatem,

17 Definitio enim si recta est, hoc † efficit, non tantum eos qui alienam fidem in contractu sequuntur, recte dici credere & creditores: ut quibus definitio superior convenit, his recte tribuatur definitum: sed etiam e converso omnem qui credit, eum esse, qui alienam fidem sequatur, non alium, ne quid definitioni desit, neve latius pateat definitum, quam definitio, seu ne alicui definitum conveniat, cui non recte tribuatur definitio: quæ sunt leges non vitiosæ definitionis. Idque ipsum sentire Ulpianum priora ostendunt. Dixerat enim prius titulum *De rebus creditis* continere non quidvis, sed contractus: & ne quid in verbo contractus esset ambigui, addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus hos solum, non alios. Quod ita verum est, si credendi verbum ad eos qui alienam fidem sequuntur, solum pertinet. Hoc vero posterius falsum esse probari videtur argumento creditorum. Nam hoc verbo constanter traditur omnes accipiendos esse, quibus ex quacunque caussa, & actione etiam ex maleficio debeatur. *L. creditores*, *L. creditorum*, *L. si cui*, alias, *ut si cui*, *infr. de ver. sig.* Ergo & hi continentur, quibus debetur sine consensu, & qui minime alienam fidem sunt secuti. Si hi creditores: etiam credere dicendi sunt, quibus ex hac caussa debetur. Coniugata enim sunt credere, & creditor; & ut non est emptor nisi qui emit, venditor nisi qui vendit, locator qui locat, conductor qui conducit, fideiussor qui fideiubet: ita non est creditor, nisi qui credit, nec res credita, nisi ea quam aliquis crediderit; ut in quo unum admiseris, in eo necesse sit & reliqua admittere. Nos vero sciamus credere recte definiri hoc loco, verumque esse, ut omnis credere dicitur, qui in contractu alicui rei assentitur alienam fidem secutus, mox recepturus quid ex eo contractu: sic qui hoc non faciat, hunc nec credere, nec esse creditorem. Id ita esse certo statuemus, si meminerimus credere Latinis generaliter nihil aliud esse, quam fidem habere alicui: quod non fit in negotiis gerendis, nisi cum alius fidem dedit aliquid futurum, quam fidem deinde sequimur, eique assentimur. Non adversatur huic sententiæ, quod de creditorum verbo traditur in *d. L. creditores*, & *L. creditorum*, *infr. de ver. sig.* creditores accipiendos esse omnes quibus ex aliqua caussa debetur, etiam si debeatur ex maleficio. Hoc enim quomodo accipiendum sit, docet Ulpianus in *d. L. ut si cui*, alias, *si cui*, *seq. de ver. sign.* qui definitione complectens idem,

quod

quod prius ex eodem refertur in *d. L. creditores*, scribit: *si cui ex delicto debeatur, sibi videri posse eum creditoris loco accipi*. Ergo qui sunt in hac caussa, creditores ideo accipiendi sunt, quia habentur creditorum loco. Qui sic loquitur, non alia re magis declarare potuit hos re vera, seu verbi significatione non esse creditores: alioqui ita dicendum fuisset, hos creditores esse, non pro creditoribus haberi. Simile est, quod idem Ulpianus de deportatis alibi scribit, hos nimirum mortuorum loco habendos, *L. 1. §. pen. infr. de bon. pos. con. tab.* quo maxime significare eum omnes intelligunt, deportatos quidem natura & vere mortuos non esse; sed iure ita haberi, quasi mortui essent. Ac deportatos vivere certum est: qui si mortui essent, ne deportati quidem dici possent. Quomodo igitur dicuntur creditorum loco esse, qui creditores non sunt? Non significatione verbi, de qua nunc agitur, & quam tractat hoc loco Ulpianus; sed eius legis, quæ creditores nominat, sententia. Cavetur de creditoribus eo rescripto, quod tractatur in *L. iurisgentium, §. pen. & ult. & LL. seqq. supr. de pact.* Consulitur & creditoribus ea parte edicti, qua his postulantibus constituit prætor, se bona eius qui recte non defendetur, a creditoribus possideri, & si etiam fraudationis caussa latitabit, se ea distrahi, si res exigat, iussurum. *L. 2. L. Falcinius, in pr. infr. quib. ex cav. in poss. eat. L. item, §. hæc autem, supr. ex quib. cau. ma. L. si quis instituatur, §. 1. infr. de her. inst.* Etsi hic appellantur tantum creditores, &, si ad verbum res exigitur, creditorum appellatione soli exaudiuntur hi, quibus ex contractu debetur, quia vere crediderunt: placet tamen in his omnibus, & similibus eo verbo accipi omnes quibus etiam ex alia quavis caussa debetur. Non quia, inquam, id verbum significet, sed quia ea mens sit legis & sententia, ut hi quoque intelligantur. Ut enim hi verbo creditores non sint, quibus debetur ex maleficio: re tamen ipsa non minus his debetur, nec minus eorum ratio habenda est. Hæc mens est legis omnis, ut in quibus eadem legis ratio est, in his ius idem admittatur. *L. illud, infr. ad leg. Aq. L. non possunt, & L. seq. supr. de legib.* Atque hæc de definitione & significatione verbi *credere*. De argumento, quod inde ducit Ulpianus, videamus. Nempe hoc argumentum est: Si credere dicimur, cum alicui rei assentimur alienam fidem secuti, & recepturi quid ex eo contractu: verum esse, quod prius posuerat, titulum hunc *De rebus creditis* sub credendi verbo contractus omnes complecti, quia & *credendi* appellatio sit generalis. Verendum quis esse dixerit, ne hoc non recte colligatur.

Non enim efficitur superiore definitione † *creditum* esse contractum, sed solum contractus partem. Quippe in omni contractu duo sunt, qui interveniunt: unus, qui promittit: alter, cui promittitur. Ille fidem dat aliquid futurum; hic danti fidem habet: hoc autem fidem habere, ut dixi, est credere. Ita contractus totum quiddam est: eius totius duæ partes, promissum seu debitum ex consensu, & creditum. Iam vero non si creditum contractus pars est, ideo efficitur creditum contractum continere, sed potius contra non continere. Nunquam enim pars totum continet, sed e converso totum partem. Et sane iure putem reprehendi posse Ulpianum, si diceret *crediti* verbum contractus complecti, idque ex definitione superiore colligeret, quæ nihil amplius quam partem contractus ostendit. Nunc autem non crediti aut credendi verbum, sed titulum rerum creditarum dicit contractus omnes complecti. Hoc recte: complectitur enim titulus res sibi subiectas, vel ut genus suas species, vel ut suas partes totum. Sed enim complectitur hic titulus contractus omnes propter verbum *crediti*: alioqui male Ulpianus ad eum complexum probandum uteretur argumento & definitione huius verbi. Ex quo dicat aliquis consequens esse multo magis ipsum *crediti* verbum contractus continere, iuxta dictum vulgare & verum: *propter quod unumquodque tale est, & illud magis tale est*: confirmatum *Auth. multo magis, C. de sac. eccl.* Recte colligeretur, si hic titulus complecteretur contractus propter solum *crediti* verbum. Quod non ita est: complectitur enim ideo, & quia titulus est, & quia habet verbum generale, quo contractus omnes etsi non comprehenduntur, significantur tamen. Quia titulus complexus est rerum ei subiectarum, proprium tituli est eas continere, si modo & illæ verbis tituli demonstrentur. Crediti autem verbum, quod verbum partis est, etsi totum contractum non continet, aut complectitur; significat tamen; quia ex una parte, etiam altera, ac per utramque partem simul totum ipsum intelligitur. Sunt enim hæc duo creditum & debitum ex consensu, inter se relata: quæ sunt eiusmodi, ut unum sine altero non modo non esse, sed ne intelligi quidem possit; & hoc amplius eiusmodi, quorum uno posito statim alterum ex adverso intelligatur. Non est creditum 18

ab aliqoo, nifi fit qui promittat, quod promittenti & debituro credatur; imn creditum ideo, quia alios promifit & fidem dedit. Sic nec debitum ex confenfu, nifi fit cui ex eodem confenfu debeatur: nec poteft ita deberi alteri, oifi affentienti & credenti, & ex illo ftatim hic animus concipitur. Ut ergo recte dicimus folum emptionem contractam, aot folum contractam venditionem, nbi intelligimus emptionem & veoditionem contractam, quia non eft emptor fine venditore, aut venditor fine emptore, idque eft, quod traditur in *L. veteres, infr. de act. empt.* veteres verbis emptionis & venditionis promifcue pro toto contractu ufos effe: fic & res creditas recte dicimus, ut intelligamus creditas & fimul ex confenfu debitas, ideft, uno verbo contractas: quia non eft creditor fine debitore ex confenfo; neque hic debitor fine creditore. Ita ot redeam ad fententiam Ulpiani, ex definitione credendi hic tradita colligitur verbo *crediti* fignificari contractus ipfos totos, eoque & verbo rerum creditarum fimiliter, ut ex rebus quæ continentur contractu, ipfe contractus contioens intelligator. Ex eo autem qnod fignificantur his verbis contractus, efficitur id quod Ulpianns prins dixerat, & illi probare propofitnm eft: nempe titulum rerum creditarum, ut verbis contractus fignificat, fic conditione tituli cuiufque propria eos ambitu fuo complecti. Sed fi in hoc titulo verbo *crediti* folum ex parte totus contractus intelligitur, hic nobis de facto prætoris fuboriuntur aliæ dubitationes.

19 Nam primum fi placebat ex parte contractus totum notare, cur potius † dixit prætor *de rebus creditis*, quam de rebus debitis, aut debitis ex confenfu, eom ex his noo minus ex adverfo res creditæ intelligerentur? Non propter dignitatem aut præftantiam aliquam quæ maior fit in credito, quam in debito, ut in fimilibus appellationibus docui ad *L. 5. §. ftipulatio, infr. de ver. obl.* fed qoia polliceri *de rebus creditis* conveniens erat inftituto prætoris, non item de rebus debitis etfi adderetur, ex confenfu vel contractu. Prætor enim cavebat edicto creditoribus, quibus pollicebatur fe actionem datorum. Confequens fuit, ut polliceretur fe daturum de rebus, quas ipfi crediditfent, ut actio referretur ad eos, de quibus agebatur. Illud conftat de rebus debitis infcribi nnn debuiffe: quia res debitæ non fignificant res debitas ex confenfu aut contractu, fed & ex quavis alia caufa debitas. Hic autem agebatnr tantum de contractibus. Deinde & illod quæritur, & quidem ut de eo dubitetur magis.

Efto enim, liceat ex alterutra parte totum contractum intelligere, ot utram dicamus nihil interfit: tamen eum potuiflet prætor uno verbo dicere de contractibus, verbo ut uoo, Ita pleniore & ufitatiore, cur † maluit dicere *de rebus creditis*, 20
non folom verbis pluribus, fed etiam iis, io quibus neceffe fit ex parte totum, & ex contento continens intelligere, quod eft obfcurius? Referri & hoc debet ad inftitutum prætoris. Ut *de rebus creditis* diceret, inftituto eios conveniebat; ut diceret de contractibus, oequaquam. Prætoris enim edicta non erant propofita de contractibus, ideft, qoomodo quæque res contraheretur, & quando ex conventione nafceretur obligatio: fed rebus iam ante contractis, & contractibus fuppofitis, pollicebatur fe daturum actionem de iis rebus, quæ ex contractu debebantur, ideft, *de rebus creditis* ab iis, quibus promittebat actionem. Nunc cum poft interpretationes Iurifconfultorum cœperit fnb his titulis explicari forma & natura contractuum, nihil prohiberet infcriptionem concipi & de contractibus. Sed cum utraque infcriptione idem iotelligatur, utra potius utamur, ad rem non multum pertinet.

Ad L.

Ad L. Mutuum damus, 2.

Paul, libro 28, ad Edictum.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin aut commodatum erit, aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti si pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quibus rebus perficiatur.*
2. *In mutuo rem tradi oportere; hinc re contrahi dictum.*
3. *Mutuum cur dicatur re contrahi, cum desideret & consensum.*
4. *In mutuo rem oportere fieri accipientis.*
5. *In mutuo id agi, ut res reddatur, ut alia res reddatur, non eadem species, & cur.*
6. *Ut genus idem, non alia res qualibet.*
7. *Ut ejusdem generis & bonitatis.*
8. *Mutuum gratuitum.*

QUOD in divisione contractuum factum est in Institutionibus, ut in generibus eorum proponendis & pertractandis Caius & Iustinianus ab iis, qui re fiunt, ordirentur, & in iis ipsis primum a mutuo, *L.* 1. *infr. de obl. & act. Inst. de obl. in fin. & tit. seq.* idem & Pandectarum compositores hoc loco secutos esse apparet. Ex iis enim titulis, in quibus de contractibus & actionibus in personam agi incipit, hic est primus, & idem eiusmodi, in quo potissimum de mutuo ius proponatur, ac per occasionem de certi condictione: ut sint quidem hæc duo capita rerum summa, quæ hoc titulo explicentur; sed ita, ut de mutuo agatur præcipue. Id quomodo perficiatur, complexus est hoc capite Paulus: cuius sententia, & in ea vis ac natura mutui ut melius notari & explicari possit.

Observandum est hoc a Paulo dici præter consensum, qui omnium contractuum
1 est communis, constare † proprie & perfici mutuum tribus his rebus: rei traditione velut forma; conventione huius contractus propria, quæ finem continet; tum rebus certis, quæ mutuo dentur, tanquam materia, in qua mutuum versetur. Rei traditionem indicat, cum dicit, *mutuum damus:* conventionem & finem illis verbis, *damus recepturi quid*, & quæ sequuntur initio capitis: de rebus distincte & ex professo agit in §. 1. Licet eadem animadvertere breviter & dilucide comprehensa in Institutionibus in principio tituli, *quib. mod. re cont. obl.* Quæ singula qualia sint, & quid valeant, breviter consideremus.

Rem, quam mutuam esse volumus, ante
2 omnia † tradi oportet accipienti: sic enim fit, ut de mea fiat tua, quod est proprium mutui, & unde mutuum est appellatum: ita si convenerit, ut tibi mutuum darem, nisi dederim, non erit mutuum. Hoc idem Paulus paulo post sic expressit: *non est*, inquit, *mutuum, nisi pecunia proficiscatur*, hac *L.* §. *ult. verf. mutuum.* Atque hinc est, quod dicitur mutuum re contrahi. *tit. quib. mod. re cont. obl. in pr. L.* 1. *infr. de obl. & action.* non enim dubium est, quin ideo ita dicatur, quia res tradita initium obligationi præbet, ac nisi re tradita nulla est obligatio mutui. Sane interdum res quæ vere tradita non est, pro tradita habetur, ut fit mutuum; sed hoc tantumdem valet; de quo dicetur ad *L. singularia, infr. eod.* Rei ergo traditionem mutuum exigit; sed constat idem nihilominus conventione, & consensu, sine quo nulla omnino obligatio contrahitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.*

Cur ergo dicitur mutuum, & similes contractus † re contrahi potius, quam con- 3
sensu, cum pariter utroque constent & re & consensu? quia ex eo, quod proprium est cuiusque generis, unicuique nomen est inditum, non ex eo, quod est omnium commune. Sine consensu non est mutuum, uti nec stipulatio *L. continuus*, §. 1. *infr. de verb. obl.* sed consensus est mutuo cum aliis contractibus communis; ex eo, quod commune est, statuere aliquid, quod sit eius proprium, non possumus. Illud mutui proprium, quod præter conventionem rem in eo intervenire oportet, quæ tradatur: hinc ergo re fieri dicitur. Idem accidit & in stipulatione; in qua cum præter conventionem verba ad obligationem desiderentur, idcirco dicitur verbis contrahi obligatio in eo genere, non consen-

su.

su. Sed conventio est huius contractus propria, quæ sine ab aliis negotiis distinguitur. Finis hic est mutui: res quæ usu consumuntur, hic utendæ dantur gratis, ut reddantur sine dantis iniuria. Hæc res facit, ut hic res quæ traduntur mutui caussa, simul accipientis fieri oporteat: neque enim is iure suo eas consumeret, nisi prius eius essent. Deinde & illud, ut reddantur non eædem, quæ acceptæ sunt: quoniam his consumptis non licet easdem reddere; sed ut reddantur saltem aliæ: quod quia sine incommodo dantis fieri volumus, proinde hoc etiam agitur, ut aliæ eiusdem generis reddantur, eademque bonitate, in summa tantundem, non amplius, ut sit mutuum gratuitum. Sint igitur hæc quinque in fine & conventione mutui: Primum sic rem tradi debere, ut fiat accipientis: secundum id debere agi, ut res reddatur: tertium, ut reddatur alia, non eadem: quartum, ut sic reddatur alia, ut tamen reddatur idem genus: postremum, ut reddatur res non solum eiusdem generis, sed etiam eadem bonitate.

4 Primum rem † accipientis fieri oportet: quod Paulus hic significat initio, cum dicit, mutuum nos dare: est enim dare, dominium transferre. §. *sic itaque, Inst. de act.* quo pertinet & illud, quod idem ait mutuum dictum esse, *quod de meo tuum fiat*, hac *L.* §. *appellata*. Id ita mutui proprium est, ut quæcunque res obstent, quominus dominium transferatur, eædem efficiant, ne mutuum contrahatur. Hinc in mutuo dantem dominum esse volumus, hac *L.* §. *in mutui:* quia qui dominus non est, dominium in alium transferre non potest. *L. traditio, infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus, infr. de reg. iur.* Hic tamen interdum mutuum ex eventu confirmatur: de quo in §. *appellata, infr. ead. L.* Eadem res facit, ut quanvis dominus sit, qui tradit; tamen res tradita mutua non fiat: sive qui tradit, non sit hoc animo, ut dominium transferat; sive is cui traditur, non sit ea mente, ut dominus fiat: *L. si ego, infr. eod.* quippe ita dominii transferendi ratio est, ut nisi concurrat ex utraque parte affectus contrahentium, dominium non transferatur. *L. quæcunque, infr. de oblig. & act.* Itaque quod dicitur *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* in mutuo res ita dari, ut accipientium fiant, non sic interpretandum est: quasi satis sit eas hoc animo tradi, ut fiant accipientium; sed ita, ut res vere accipientis fieri debeant.

Huic dationi secundo loco adiuncta

5 esse debet † conventio, ut res reddatur; alioqui re data donatio sit, non mutuum. Huc referri oportet, quod Iulianus scribit in *L. non omnis, infr. eod.* non omnem numerationem obligationem parere, sed quoties id ipsum agitur, ut qui accipit, confestim obligetur. Inest vero in hac conventione tertium: ut reddatur non eadem species, quæ data est, sed alia, ut hic Paulus scribit: quod in rebus mutui propriis, & sine mutui constituto admitti necesse fuit, ut supra attigi. Nam si in mutuo res dantur utendæ, quæ usu consumuntur, ac consumptæ reddi non possunt: necesse est his consumptis aut nihil reddi, aut certe reddi alias: nihil reddi contra naturam mutui est: ita efficitur alias res reddi oportere. Quod si convenerit, ut eadem species redderetur, quæ data est, *aut commodatum* erit, inquit Paulus, *aut depositum:* quod an verum sit, paulo post dicetur. Nunc hoc manebit, nisi id agitur, ut res alia reddatur, mutuum non esse. Hæc res quæstionem attulit, an in mutuo si debitor eandem rem velit reddere, quam accepit, liberetur. Nam si id agitur, ut aliud reddatur, non videtur ius pati, ut aliud offerat: primum quia conventio servanda est, licetque creditori quamvis oblationem, quæ contra conventionem sit, contemnere. *L.* 1. *supr. de pact. L. qui decem, infr. de solut.* Deinde quia ita dictat regula iuris, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. §. 1. *infr. ead. L.* Sed nihil prohibet, quominus eadem species recte reddatur, dum reddatur non deterior: quod ipsum ex eodem §. 1. *huius L.* satis colligitur. Cum enim ait Paulus res, quæ mutuo dantur, recipere functionem in suo genere magis, quam specie: etiam eadem specie reddenda functionem, idest, liberationem eas recipere declarat, etsi magis in genere. Quid ni vero eadem hic species recte reddatur? Rem enim eandem reddendo maxime satisfacimus regulæ iuris, quæ aliud pro alio solvi vetat. Congruit hoc etiam naturæ & fini mutui: nam cum in eo id agatur, ut res reddatur eiusdem generis & bonitatis: *L. cum quid, infr.* id ipsum tum maxime consequimur, cum eadem species nec deterior redditur: hæc enim est præcipue eiusdem generis, eiusdemque bonitatis. At enim id actum est, ut aliud redderetur. Nihil ad rem pertinet. Intelligendum enim est, tantum hoc caveri debitoris caussa: siquidem huc spectat conventio, ut ille re mutua utatur, si velit: neque vero quæ res illius caussa comparata est, hanc illo invito servari oportet. *L. pen. C. de pact.* At aliud pro alio solvi non

non poteſt. Dicendum eſt deberi ex mutuo rem aliam eiuſdem generis, ſi debitor velit. At ſi velit: debere etiam eandem: itaque eam ſolvendo liberari. Iam enim dixi id agi, ut res, quæ data eſt, reddatur ſine iniuria creditoris: quod ita fit, ſi debitor rem eiuſdem generis & bonitatis reddat.

Sequitur quartum, quod ineſſe diximus
6 in conventione mutui: ut ſic † reddi debeat alia res, ut tamen reddatur idem genus, ut Paulus loquitur: quod valet, ut reddatur alia quidem ſpecies: ſed eiuſdem generis, ideſt, ut eſt apud Iuſtinianum *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* alia eiuſdem naturæ & qualitatis: ſcilicet ut ita reddatur res ſine ullo damno creditoris.

Quintum deeſt hoc loco, quod ex eadem ratione æquitatis ducitur, poſitum in
7 *L. cum quid, infr.* ut res † reddatur non ſolum eiuſdem generis, ſed etiam eadem bonitate. Ita in ſumma id efficit conventio, ut cum mutuum acceptum erit, reddatur tantumdem: tantundem, inquam,
8 nihil amplius. Quod declarat † mutuum id eſſe, quod dixi, nimirum gratuitum: quod uſque adeo verum eſt, ut quanvis in mutuo dando convenerit, ut amplius redderetur, nulla tamen ſit conventio, quaſi contra naturam mutui interpoſita: re enim non poteſt obligatio contrahi, ultra, quam datum eſt. *L. ſi tibi, in pr. ſupr. de pact. L. rogaſti, §. ſi tibi, infra eod.* Poteſt creditor ſtipulari uſuras pecuniæ creditæ: ſed hæ ex ſtipulatione debebuntur, non ex cauſſa mutui. Non deberentur illæ quidem, niſi mutua pecunia data eſſet; ſed tamen non deberi eas propter mutuum, ſed propter uſum pecuniæ, & debitoris ceſſationem, argumento eſt: quod ſi mutuum ſtatim redditum fuerit, uſuræ ne ex ſtipulatione quidem deberi poſſunt. Supra ſcriptam autem illarum rerum conventionem cum dicimus intervenire debere, non intelligimus nominatim de his rebus convenire oportere: etenim qui dicit ſe dare mutuo, verbo *mutui* ſatis hæc omnia eſt complexus: ſed ſuperiora eo pertinent, quæ de conventione mutui dicta ſunt, ut intelligatur, ſi quid contra aperte convenerit, eatenus mutuum non eſſe.

Ait, recepturi non eandem speciem, quam dedimus, alioquin aut commodatum erit, aut depositum.] Falſum, dixerit aliquis: fieri enim poteſt, ut ſit pignus, aut locatio, aut precarium, aut contractus innominati genus; veluti cum rem do, ut eandem reddas: ſi pretium quandoque tibi offeram; aut ſi dem aream, ut ſi in ea ædifices, partem ædium mihi des; aut quid dem, ut facias, neque id feceris, quamobrem rem dederam. Et quidem id ita fateri neceſſe eſt, ſi hæc a Paulo neque exempli cauſſa, & abſolute dicta ſint. Ideo ſunt, qui hæc duo genera contractuum exempli cauſſa hic poſita interpretentur. Sed repugnat figura orationis: nam ſi exempla hic eſſe vellemus, ita dicendum fuiſſet: alioquin alius contractus erit, ut commodatum, aut depoſitum: nunc autem ita ſcribit Paulus, ut ſolum affirmet, alioqui commodatum fore, aut depoſitum. Quid ergo eſt? Puto, ut verba ſunt, non aliud dici poſſe, quam abſolute hic ſcriptum eſſe a Paulo, ſi demus rem, ut eandem ſpeciem recipiamus, commodatum eſſe, aut depoſitum. Sed quo loco id dictum ſit, ſpectandum eſt: ita etiam qua mente, & de quo genere contractuum dictum ſit, eoque etiam quam vere, intelligetur. Ex genere mutui, de quo agitur, animadverti poteſt ſcripta hæc a Paulo eſſe, cum de iis contractibus ageret, qui re fiunt, qui certi quatuor recepti erant: mutuum, commodatum, depoſitum, pignus, ut conſtat ex Inſtitutionibus. Cum igitur de his differens in mutuo dixit: ſi res ita detur, ut eadem ſpecies reddatur, commodatum eſſe aut depoſitum, & ſi nihil aliud addidit, tamen ex re propoſita intelligimus ſubaudiendum eſſe, ſi res ita detur in eo genere contractuum, de quo agitur, ideſt, in his qui re fiunt. In eo vero genere hac conventione interpoſita ut eadem ſpecies reddatur, commodatum erit, aut depoſitum, non aliud: non enim erit pignus; quia in eo non ſimpliciter res ita datur, ut reddatur ſemper: cum pignus detur etiam hac lege, ut pecunia non ſoluta id diſtrahere liceat: quod iure diſtractum etiam ſecundum legem pignoris reddi non debet. Poteſt quidem locatio eſſe, aut precarium, aut id negotii genus, cum do, ut idem reddas; ſed hæc omnia non ſunt ex eo genere contractuum, qui re fieri dicuntur, de quibus Paulus diſſerit.

Ad §. Mutui datio &c.

Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam speciem. Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia alind pro alio invito creditore solvi non potest.

S U M M A R I A.

1. *Constare pondere, numero, mensura, quid sit.*
2. *Res pondere, numero, mensura constantes quæ, & cur non consient cæteræ.*
3. *In creditum ire, quid: & quid hoc loco.*
4. *Functionem recipere, quid.*
5. *Generis solutione magis satisfieri in mutuo, quam speciei eiusdem, & cur.*
6. *Mutuum cur consistat in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant.*
7. *Aliud pro alio non posse solvi invito creditore; & cur.*
8. *Aliud pro alio interdum solvi potest, & quibus casibus.*

DEFINIT quidem hoc loco Paulus, quibus in rebus mutuum consistat; sed illud explicat potissimum, cur in his consistat duntaxat, non etiam in cæteris. *Consistit*, inquit, *mutui datio in his rebus*, idest, in his tantum contrahi mutuum potest, *quæ pondere, numero, mensurave consistunt*. Consistunt enim, legitur in Pandectis Florentinis, quod valet, *constant*: quo verbo eadem res exprimitur paulo significantius *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.*

1 Consistere, vel, quod est rectius † constare numero, pondere, aut mensura res non dicitur, quæ numerum, pondus, mensuram habet: alioquin dicendum sit in rebus omnibus mutuum contrahi posse, quia res omnes suum numerum habeant, suum pondus, suam dimensionem. Sed hic constare æstimari est: ut intelligatur mutuum consistere in iis rebus, quæ numero, pondere, mensura æstimantur. Numero constare & æstimari eæ dicuntur, quæ illis rebus, quæ cuiusque speciei propriæ sunt; & ex quibus æstimatio rerum esse solet, idest, qualitate & bonitate speciei inter se non differunt aliæ ab aliis. Sed si quid distant ita, ut unæ pluris, aliæ minoris æstimentur, quam aliæ: id accidit aut ex numero, quo aliæ ab aliis vincantur, aut ex pondere, aut ex mensura, quæ item in his minor, maiorve sit, quam in aliis: Denique constant numero, quæ in pari numero rerum eiusdem generis natura sua idem præstant, eodemque modo æstimantur: contra autem in dispari numero, sunt & ipsæ quoque æstimatione dispari, idque tantum pro numeri proportione: eademque ponderis, & mensuræ ratio est. Exempli gratia, aureos nummos numero constare & æstimari dicimus: indicio erit, quod duo aurei solares, si cum aliis conferantur, si quidem cum duobus: omni alia quæstione omissa dicimus plane idem valere, quamvis sint dissimili forte facie & forma: si conferantur cum uno, tum dixeris eos differre æstimatione pro portione numeri duntaxat, id est, tantum, quantum distat simplum a duplo: idemque intelligendum est de iis, quæ pondere aut mensura constant. Erit etiam hoc indicium res constare pondere, numero aut mensura, si earum æstimatio ita ex his pendebit, ut interrogati, quanti res sint, non possimus respondere, nisi ex pondere certo, certo numero, aut certa mensura. Ut, aurum signatum numero constare dixeris: quia interrogati, quanti sit, respondebimus hoc modo: unus aureus tanti est; duo tanti. Sic constat triticum mensura: quia si rogemur, quanti sit, responsuri simus: illa mensura tanti est, illa tanti. Similiter quanti sit aurum, si interrogemur, necesse est nos ex pondere respondere: quia pro pondere æstimatio varietur.

Huius † generis res quæ sint, non difficile intellectu est: quanquam si quis requirit, videntur notatæ apud Iustinianum *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* Numero constat pecunia numerata: Pondere aurum, argentum, æs, & cætera metalla infecta: Mensura vinum, oleum frumentum. Cæteræ res non constant, aut æstimantur numero, pondere, mensura; quia earum unaquæque species propria quadam naturæ vi, & qualitate constat, qua differt ab aliis, qua eadem fiat, ut quamvis in pari numero, aut pondere, tamen 2

men aliæ longe vincant alias, aut ipsæ vin-
cantur ab aliis: utpote, homines numero,
aut pondere, mensurave non æstimantur,
quia non discernuntur alii ab aliis illis re-
bus; sed est in unoquoque natura quid-
dam, quo ipse æstimatur, præstatque aliis,
aut contra ab aliis vincitur: æstimantur sin-
guli ex ingenio, doctrina, viribus, agilita-
te, compositione corporis, venustate, &
aliis rebus compluribus: quibus efficitur,
ut unus homo non modo pluris sit, quam
unus alius, sed etiam quam alii decem;
eademque est cæterorum animalium, ar-
borum, plantarum, ædium, agrorum, &
earum specierum, quæ arte constant, ratio
præter pecuniam numeratam. Iam cur in
supra scriptis rebus mutuum consistat, ratio
a Paulo hæc redditur, *quia*, inquit, *earum*
3 *datione possumus † in creditum ire:* quod
valet, quia earum datione possumus mu-
tuum contrahere: quasi diceret, ideo mu-
tuum in his consistit, quia in his consiste-
re potest & contrahi, ut fert earum rerum
conditio, & finis mutui; in cæteris non
potest, repugnante videlicet mutui, & ea-
rum rerum natura. *In creditum ire*, phra-
sis est, quæ & alibi frequenter occurrit,
ut in *L. 3. §. is autem, infr. de S. C.
Mac. L. tutor*, §. *ult. infr. ad Vell. L. 5.
§. plane, infr. de trib. L. in nave, 1.
resp. infr. loc.* Est autem in creditum ire
in re aliqua, consensu efficere, ut ea res
sit credita. Sed *crediti* verbum ambiguum
est, quod & generaliter accipitur, & spe-
cialiter: generaliter, ut eo significetur o-
mne, quod debetur ex contractu; *L. 1.
supr.* specialiter, ut significetur mutuum.
L. 1. & L. 4. infr. de Senatusc. Mac.
Utro igitur modo hic accipimus? Repu-
gnat sententia loci, quominus generaliter
de omni credito interpretemur: ita enim
interpretantibus hac ratione efficeretur
mutuum non in supra scriptis tantum re-
bus consistere, sed posse contrahi in omni-
bus: quia res omnes, quæcunque sunt, ita
dari possunt, ut creditæ fiant. Restat igi-
tur, ut hic creditum positum sit pro mu-
tuo, sitque hic sensus, quem indicavi: ideo
in his rebus mutuum consistere & contrahi,
quia & potest: id est, quia hæ solæ res
aptæ sunt natura sua, ut in his mutuum
contrahatur. Id quod rursus Paulus con-
firmat subiecta ratione: *quia in genere suo*,
inquit, *functionem recipiunt per solutio-
nem, quam specie:* in qua oratione *magis*
subintelligere debemus. Phrasis Græca,
quam & multis aliis in locis Iuris nostri
annotavit Antonius Augustinus *Lib. 4.
emend. cap. 8.*

Functio hoc loco non solutionem &
præstationem rerum significat, sed † satisfa- 4
ctionem & liberationem, quam adfert ea-
rum rerum præstatio: quod ex his oratio-
nibus intelligi potest. Dicimus enim fungi
noxæ deditione, *L. liber in fine, supr. ad
leg. Aquil.* cum non hoc intelligimus tan-
tum rem noxæ dedere; sed ita dedere, ut
ea deditione satisfaciamus, eoque modo li-
beremur. Dicimus item fungi litis æstima-
tione: *L. 1. §. est autem, infr. si fa.
fur. fecis. dic.* ubi certum est non hoc
dici tantum, litis æstimationem præstare
nos; sed ita præstare, ut sit ea præstatio
pro iusta satisfactione & liberatione. Etiam
hic ipse locus satis arguit functionem pro
præstatione & solutione rerum accipi non
posse: alioqui quid ineptius, quam dicere
istas res recipere solutionem in suo gene-
re per solutionem & præstationem? Ergo
ex illo verbi usu hic functio inde appel-
lata satisfactionem & liberationem signifi-
cat: ut sit hic sensus: ideo in his rebus
mutuum contrahi posse natura sua, quia
hæ res in genere suo per solutionem, id-
est, dum solvuntur, recipiunt functionem
& satisfactionem: idest his solvendis pla-
ne satisfit creditori, ut iniuriam sibi in eo
fieri queri non possit.

Non fuit autem contentus dicere reci-
pere eas in suo genere satisfactionem eo-
dem modo, ut in specie; sed † addidit 5
magis, quam specie, significans si hæ in
genere reddantur, magis satisfactionem
paratam esse creditori, quam si species ea-
dem, quæ accepta est, redderetur: non
quia eadem specie reddita, si modo red-
datur non deterior, creditori non satisfiat
(iam enim satisfieri initio huius capitis
ostendi) sed quia fieri potest, ut eadem
species, quæ accepta est, tempore corrum-
patur: puta, ut vinum mutuo datum ace-
scat, frumentum aut tempestate vitietur,
aut a pedunculis rodatur: porro deterio-
rem rem reddere non licet, ut mutuo sa-
tisfiat. Quod si *in genere* redditur, nun-
quam erit tempus, cum res reddi non
possit sine creditoris iniuria: semper enim
in genere res eiusdem generis & bonita-
tis reperiri possunt, aut certe facilius re-
periri, quam illud effici, ut eadem species
eadem bonitate reddatur.

Optime vero superiore ratione Paulus 6
colligit, his † in rebus mutuum contrahi
posse. Meminisse enim debemus in mu-
tuo ita aliud, quam acceptum est, reddi
debere, ut reddi debeat sine creditoris
incommodo; idest, eadem qualitate &
bonitate, ut declaratur *L. seq.* Quo fit,
ut in mutuo illæ res quærendæ fuerint,

in quibus cum aliæ pro aliis redderentur, id fieret fine ullo damno creditoris. Declarat ergo Paulus tales esse eas, quæ constant pondere, numero, aut mensura: hac ratione, quia sint eiusmodi, ut aliis eiusdem generis reddendis non tantum eodem modo satisfiat creditori, quo satisfieret, si eadem species redderetur; sed etiam magis. Ex quo efficitur, quod vult, in his mutuum recte contrahi; in cæteris contraria de caussa contrahi non potest. Et hoc est, quod subiicit, *in cæteris rebus ideo in creditum*, idest, in mutuum iri non posse, *quia aliud pro alio invito creditore solvi non possit*. Atqui ista ratione efficitur, dixerit aliquis, ut ne in supra scriptis quidem rebus mutuum possit consistere, cum in his necesse sit aliud pro alio solvi; ut videatur potius ratio adversus Paulum facere, quod non ita est. Sic enim est natura cæterarum rerum, ut in his quodcunque numero aliud pro eo, quod acceptum est, solvitur, vere sit aliud non numero tantum, sed etiam effectu & rei potestate: ita in his cum vere aliud sit, quod redditur, una etiam, si offeratur, in superiorem regulam incurret, ne invito creditore possit solvi. Alia conditio est earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant: in quibus cum alia species redditur, quæ eiusdem generis sit, & bonitatis, dicatur sane numero reddi aliud, re autem vera idem redditur, cum reddatur, quod tantundem præstet sine damno creditoris, & quidem multo magis, quam si species ipsa, quæ data est, redderetur: quo fit, ut ad istas res nihil superior regula pertineat, eoque quo minus in his mutuum consistat, non sit impedimento.

AIT, ALIUD PRO ALIO INVITO CREDITORE SOLVI NON POTEST.] Regula†
7 sumpta est ex definitione obligationis, quæ extat sub titulo *de oblig. Inst.* Nam si ex ea definitione necesse est debitori solvere, quod debetur; est contra naturam obligationis liberum esse id non solvere: atqui liberum esset, si aliud solvere liceret; quare repugnat naturæ obligationis aliud pro alio invito creditore solvi. Et sane aperte iniquum est non tribui cuique, quod ei debeatur.

Sed † hoc tandiu verum est, quandiu 8
quod debetur, præstari a debitore potest, nec sit ei potestas iure aliud solvendi. Quod si non potest res ab eo præstari, natura cogit, ut pro ea aut nihil præstari debeat, aut debeat præstari æstimatio, vel si quid aliud habet debitor; in summa aliud; quippe necessitati parendum est: & stultum est exigere, quod fieri non possit: quo referri debent horum locorum exempla qui pro contrariis citantur in glossa, *L. in re furtiva, in pr. infr. de cond. fur. L. qui restituere, supr. de rei vind. L. si domus, §. qui confitetur, infr. de legat. 1. Auth. hoc nisi debitor, C. de solut.* Sed & si debitor alterius rei solvendæ potestatem habeat vel iure sibi tributam, vel testamento, vel conventione: iam hoc iure fit, ut pro potestate sibi concessa possit aliud solvere: itaque & ad hunc sine dubio regula non pertinet. Iure hanc facultatem tributam habet dominus, qui noxali actione ex maleficio servi convenitur: hic enim damni æstimationem debet; cæterum noxæ servum dedendo liberatur, quia hanc facultatem a lege accipit. *L. miles, §. 1. infr. de re iud.* Testamento habet heres, quem iussit testator penum dare, & si non dedisset, iussit dare decem. Hic enim cum interpellatus, ut daret, penum non dedit: continuo decem debere incipit, & quidem ita, ut sola decem videantur esse legata; & tamen facultatem habet penum solvendi, donec lis cum eo contestata sit; scilicet, quia ex voluntate testatoris accepit *L. 1. infr. de pen. leg. L. cum sine præfinitione, infr. quan. d. L. ced.* Conventione idem efficitur, si proponas penum promissam esse, & si penus data non esset, promissa esse decem, deinde in solvendo penu mora facta sit. *L. ita stipulatus, infr. de verb. obl. L. si quis stipulatus fuerit decem in melle, infr. de solut.* Horum si nihil erit, ius perpetuum est, aliud pro alio invito creditore solvi non posse; invito, inquam: nam volenti si aliud datum sit, non minus contingit liberatio, quam si ipsa res debita soluta esset. *L. manifesti, C. de sol. L. si quis aliam, infr. eod.*

Ad §.

Ad §. Appellata est autem.

Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit. Et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quomodo dictum, quod* de meo tuum fiat.
2. *Mutuum confirmatur interdum, & si ab initio aliena pecunia data sit: & quibus casibus.*

1 ERunt fortasse, qui etymologiam † mutui hoc loco traditam, irridendam putabunt: nec omnino abs re, ut videtur. Nam si ex eo mutuum appellatum est, quod de meo tuum fiat, ut Paulus scribit: ubicunque de meo tuum fiet, recte dicetur mutuum: ut in quibus eadem ratio est nominis, idem nomen admittatur. Neque enim incertum est, quæcunque certa aliqua de caussa inducuntur, ea ubique locum habere, ubi ea ratio locum habet, arg. in *L. privilegia*, *L. in omnibus caussis id observatur*, *infr. de reg. iur.* valetque id præcipue in nominibus: quæ cum rebus consequentia esse debeant, ut bene monet Iustinianus in §. *est & aliud*, *Inst. de donation.* par est, ut in quibus res eadem est, unde nomen ducitur, ea quoque eodem nomine appellentur. Ista ratione ergo permutatio, donatio, atque adeo legatum dicetur mutuum: quia in his omnibus de meo tuum fit: quæ tamen mutuum nec esse, nec dici constat, neque eorum modorum aut contractuum quemquam, ex quibus rem meam in alium transferam, præter eum, quem nunc mutuum appellamus. Et quidem ego itidem irridendam putarem etymologiam istam mutui, si ex una tantum parte contrahentium, dantis nimirum, ita mutuum appellatum intelligeremus. Sed si ab utraque parte ita dici intelligimus, & eum qui accipit, ita dicere interpretamur, *de meo tuum tibi do*, ut *tuum* intelligat, quod ante a te accepit: sine dubio constabit etymologia, neque in ullum alium contractum quadrabit, quam mutuum. In donatione de meo tuum facio, sed non item contra tu de tuo meum; in permutatione facit uterque, quo possit dicere, de meo tuum fit, cum uterque det, & vicissim accipiat; sed qui accipit, dat aliud, neque potest ita dicere, en tibi do, quod fit tuum illud, quod prius accepi. At in mutuo sic utrinque de meo tuum fit, ut qui reddit, solus vere possit dicere, en tibi de meo facio, quod sit tuum: tuum, inquam, ἐμφατικῶς, non quod iam tuum esse incipiat, quia sit dominii tui; sed tuum illud, quod prius a te accepi: ex quo est omnino nomen mutui. Idque ita esse declarat usus Latine loquentium, qui voluntates, quæ accipiuntur, & pares redduntur; item officia, quæ accipiuntur, & vicissim redduntur, appellant mutuas voluntates, mutua officia, ut pene diserte interpretatur Cicero *Lib. 1. epist. ad familiares, epist. 5.* At hoc si intelligeret Paulus, exprimeret, diceret aliquis, ne quis esset errori locus, non rem incertam relinqueret. Siquidem etymologiam ex professo traderet, exprimere debuit. Sed observandum est hic illi propositum fuisse, non etymologiam verbi tradere, sed ostendere non esse mutuum, ubi is qui rem tradit, dominium non transfert. Ad quod demonstrandum satis habuit id sumere, quod ad eam rem conducere videbatur: id autem erat, si intelligeretur mutuum saltem ex parte dantis appellatum esse, quod de meo tuum fiat: quo admisso non est progressus longius. Quod ad rem attinet, hoc statuit, si de meo tuum non fiat, nullam condictionem nasci: quia videlicet mutuum non fit, neque propter ea alia obligatio contrahatur.

Id tandiu verum est, quandiu res aliena data aliena manet: quod si accipientis fieri cœperit, mutata ratione † placet confirmari 2
mutuum, & exinde nasci danti condictionem. Id autem duobus casibus contingit: uno, si res mutuo data usucapta sit ab eo, qui accepit: & in totum probandum est, quisquis rem suam dando eo nomine condictionem habet, eum & rem alienam dando condictionem nancisci, simul atque res ab accipiente usucapta fuerit: *L. si alienam*, *infr. de donat. caus. mor.* quodammodo enim transtulisse dominium videtur, qui eius nanciscendi caussam dedit, ut & alias damnum dedisse dicitur, qui eius damni caussam præbuit. *L. qui occidit*, §. *ult. supr. ad leg. Aquil.* Alter

ter casus est, si nummi mutuo dati ab eo qui accepit, consumpti fuerint: hoc quidem casu nasci condictionem certum est: *L. si a furioso*, & *L. seq. L. non omnis*, *infr. eod.* at quamobrem, ut hæc species ad propositam definitionem referri debuerit? neque enim si is qui accepit, consumpsit, ideo nummi illius facti videntur. Et Iulianus in *L. non omnis*, *§. si pupillus*, *infr. eod.* hanc rationem reddit, quasi nummi videantur ad eum pervenisse, idest, illius esse facti: quod si verum est, plane hæc species ad hunc locum pertinet: de qua ratione amplius ad *L. rogasti*, *§. ult.* & *d. §. si pupillus*, *infr.*

Ad §. Creditum ergo &c.

Creditum ergo a mutuo differt, quo genus a specie. Nam creditum consistit extra eas res quæ pondere, numero, mensurave continentur, sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia. Creditum autem [fit] interdum, etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur. In mutui datione oportet dominum esse dantem: nec obest, quod filiusfamilias & servus dantes peculiares nummos obligant. Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam, nam mihi actio acquiritur, licet nummi mei non fuerint. Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

SUMMARIA.

1. *Mutuum species a credito quibus rebus differat.*
2. *Creditum pro mutuo non raro.*
3. *Adventiciæ pecuniæ filiusfa. dominus non est.*
4. *Peculiares nummos dando servi & filiifam. mutuos efficiunt, sine alia peculii libera administratione.*

EX iis quæ de mutuo dixit Paulus, colligit creditum a mutuo ita differre, ut creditum generis nomen sit omnes contractus continens; mutuum crediti species: & recte ex præcedentibus colligit. Apparet enim ex his mutuum multas res desiderare ad obligationem, quæ non item desiderantur in contractibus aliis: quæ res aperte declarat, mutuum speciem contractus esse a cæteris ita distinctam, ut de his mutuum dici non possit. At in omnibus creditum est, etiam si quid desit earum rerum, quibus mutuum continetur: id quod earum rerum enumeratione planius ostendit.

In mutuo hæc spectantur: res quæ mutuo dantur; finis dandi, restituendique; traditio rei; dominii translatio; consensus
1 atque conventio. Totidem ex rebus † docet creditum genus esse, mutuum speciem: cum sive hæc omnia concurrant, fit creditum; sive quid eorum absit, possit etiam esse creditum, mutuum esse non possit. Mutuum non contrahitur, nisi in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant: cæteræ res ut deberi possunt ex aliis contractibus, ita ex his creditæ fieri possunt. Mutuum non datur, nisi hac lege, ut aliud reddatur: res quævis sic dari potest, ut eadem restituatur, sitque hoc modo credita: ut in commodato, deposito, locato, pignore accidit. Mutuum non contrahitur, nisi re accipienti tradita: at quidvis ex cæteris generibus contractuum nobis deberi potest, quanvis a nobis nihil profectum fuerit: veluti ex stipulatione, ex empto, vendito, societate, mandato, & similibus. In mutuo dantem dominum esse oportet: in innumeris contractibus sic re tradita nascitur obligatio, sitque hoc modo creditum, ut nihil referat, utrum qui tradit, dominus sit, necne, ut fit in commodato. *L. commodare*, & *L. seq. infr. commo.* proinde & in deposito multo magis. Postremo in mutuo nunquam conventio sola, aut verba alium obligant: at etiam verbis credimus: quod fit in stipulatione, ex qua ut verbis promissum debetur, ita & creditum fit. Creditum igitur genus, ut est propositum: huic generi subiectæ innumeræ species, ex quibus est mutuum.

Sed hæc de significatione crediti ex vi & origine verbi, tum vulgari usu dicta sunt: cæterum obtinuit † hic quoque usus, 2
uti & in aliis multis, ut commune verbum ad speciem transferretur, usurparetur-que non raro pro mutuo; ut in his locis

L. 1.

L. 1. L. 4. infr. de Sen. Mac. L. quod si minor, §. pen. L. 1. §. 1. supr. de minor. §. 1. supr. hac leg. L. singularia, & i. seq. infr. eod. Quod factum per excellentiam nominis videtur: quia plus nescio quo modo in mutuo credimus aliis, quam in cæteris contractibus omnibus. Nam in mutuo non credimus pecuniam alienam, sed nostram, & quidem a nobis profectam: neque credimus eius rei usum & possessionem tantum, sed rem totam, eiusque rei dominium in accipientem transferimus, dum usum volumus transferre, quod nullo alio in contractu fieri reperiemus.

Veluti si post nuptias dos promittatur] Dixerat ex aliis contractibus, quam mutuo pecuniam creditam fieri posse, etsi a nobis nihil proficiscatur in eum, cui credimus: & addit, *veluti si post nuptias dos promittatur*. Recte *post nuptias:* nam ante contractas si mulier dotem promittit, exemplum non congruet. Primum ante nuptias non obligabitur ea promissione, cum omnis promissio dotis hanc conditionem habeat, si nuptiæ sequantur. *L. stipulationem, infr. de iur. dot.* Etsi autem nuptiis secutis iam plane incipit mulier obligari, eoque modo fieri pecunia illi credita: non tamen hoc ita fit, quin prius a marito in uxorem aliquid & multum proficiscatur: is enim uxorem ducendo se quodammodo totum illi tradit, & illam omnis iuris divini & humani sociam & consortem facit. *L. 1. infr. de rit. nupt. L. 1. infr. de act. rer. amot.* Quod si ponemus dotem promitti post nuptias, conveniet exemplum, sive fingamus ab uxore dotem promissam marito, sive a marito uxori, dum intelligamus promissam ab uxore post nuptias contractas, a marito autem post dissolutas. Uxor si nuptiis contractis dotem promittit, non eo minus obligatur. *L. ad exactionem, C. de dot. pro.* Atqui hoc casu nihil in illam maritus confert, aut ante contulit, ut dotem acciperet: neque vero etiam conferet postea: iam enim illam uxorem duxit, neque potest iterum ducere. Maritus quoque soluto matrimonio recte promittit se restiturum certam summam dotis acceptæ nomine, quanvis ab illa nihil acceperit, & nihilominus obligatur. *L. si divortio, infr. de ver. obl.* Id non fieret, si maritus constante matrimonio idem promitteret; ubi ea promissio haberet donationem: quod genus inter virum & uxorem non valet, sive quid tradatur, sive promittatur. *L. 3. §. sciendum. infr. de don. int. vir. & uxor.*

Nec obest, quod filiusfamilias] Obiectio est huiusmodi: filiusfamilias & servus nummorum peculiarium domini non sunt: & tamen dantes nummos peculiares obligant, intellige accipientem, nempe ex mutui caussa, & ita mutuum contrahunt, unde illa obligatio: ergo in mutui datione non necesse est dominum esse dantem, quod Paulus posuerat. Respondet ille non obesse exemplum, quia tale id sit, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi acquiri actionem, licet mei nummi non fuerint. Significat hoc responso priora duo quæ sumuntur, vera esse: sed non recte colligi ex his, eos qui dent mutuum, posse aliquando non esse dominos: quoniam in hac quoque specie domini fuerint, qui dederunt. Cum enim filiusfamilias aut servus nummos peculiares mutuos dant, hoc ipso quod peculiares sunt, patris & domini voluntate mutuos facere intelliguntur. *L. quod servus, 35. infr. de sol.* Porro nihil interest, ipse dominus tradat alicui rem suam, an alius eius voluntate, ut videatur ipse dominus dedisse. *L. qua ratione, §. hæ quoque, infr. de acq. rer. dom.* quod & in hoc genere mutui respondetur in *d. L. quod servus, in fin. de sol.* Et ad hoc exprimendum bene id tale esse dicit, quale, si tu voluntate mea des pecuniam mutuam Titio, quæ tua sit, non mea: nam & hic mutuum contrahitur ita, ut mihi Titius obligetur, quanvis ante dominus non fuerim; sed & hoc non alia ex re accidit, quam quod cum tu das voluntate mea, continuo res mea fieri, & a me proficisci intelligitur: ut hic quoque verum sit eum qui dat, & cum quo mutuum contrahitur, dominum esse; de quo postea ad *L. certi, §. si nummos, infr.* Quod significat Paulus filiumfamilias & servum dominos non esse nummorum peculiarium, etiam nunc est verissimum. De peculio servorum ius certum est, & perpetuum. *§. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Certum item & in filiifamilias peculio profecticio. *§. 1. Inst. eod.*

De adventitio potest hodie dubitari propter constitutiones, quibus adventitiorum proprietas filio tribuitur, ususfructus tantum patri. *L. cum oportet, C. de bon. quæ liber.* Sed vel hac ipsa de caussa † 3
nummi peculiares, quanvis adventitii, non sunt filiifamilias: nam in ususfructu pecuniæ & cæterarum rerum, quæ usu consumuntur, ut vini, olei, frumenti, hoc servatur, ut proprietas transferatur ad fructuarium, quo possit his utendo eas consumere. *L. si vini, supr. de usufr. ear. rer.*

rer. quæ uf. conf. Quanquam etsi in his etiam proprietas filio acquireretur, tamen ut est conditio omnis peculii adventitii, sic acquireretur, ut is peculii, eius ususfructus esset patris, alienationem non haberet, quæ filiisfamilias est interdicta. *L. ult. §. pen. ver. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* quod ipsum eo rem adduceret, ut nec videretur filius esse peculii dominus, eum de rerum alienatione ageretur.

Quod ait Paulus simpliciter filiumfamilias, & servum dantes peculiares nummos
4 mutuum contrahere, vere † dicitur: ut intelligamus vel hoc ipso, quod ex peculio suo, seu peculiari nomine tradunt hoc animo, ut nummi ex caussa mutui transferantur, mutuum contrahi: & quidem ita, ut qui accepit, his solvendo liberetur, non secus, quam si his a patre dominove iussus solvisset. *L. fugitivus, in fi. L. si servus, L. quod servus, infr. de sol.* Id, ut dixi, voluntas patris & domini facit: hi enim dum peculium concedunt, verbo peculii hoc concedunt, ut filius, & servus id tanquam proprium patrimonium habeant: *§. actiones autem, Inst. de act.* proinde hoc saltem, ut tanquam boni patresfamilias peculium exerceant, itaque etiam ut pecuniam mutuam dent, ne maneat apud eos otiosa: cæteris in rebus alienationem permutationemve non habent, quæ non est necessaria, nisi libera peculii administratio his concessa sit. *L. contra, §. si filius, supr. de pact.*

Verbis quoque credimus: veluti stipulatione] Exempli caussa dixit, *veluti stipulatione*; quia olim non in stipulatione tantum verba necessaria erant ad contrahendam stipulationem, sed etiam, in aliis quibusdam caussis: veluti in dictione dotis, & iureiurando, quo libertus patrono iurabat se illi donum, munus, operas daturum, ut est in Institutionibus, quæ dicuntur Caii, *tit. de oblig.* Sed hoc non eo pertinet, ut in his etiam ex verbis nasceretur obligatio: id enim solum fit stipulatione: unde & huius solius propria ea, quæ dicitur obligatio verborum, ut docui ad Tit. *de verb. oblig. in pr.*

Ad L. Cum quid mutuum, &c.

Pompon. Libr. 27. ad Sabinum.

Cum quid mutuum dederimus, & si non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur: non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis & eadem bonitate solvatur, qua datum est.

S U M M A R I A.

1. *Cavere quid.*
2. *Mutuum an æque bonum reddendum sit, quæ dubitandi caussa.*
3. *Actum pro cauto habendum, quam verum sit: & præcipue in novatione, ob caussam dato, stipulatione.*
4. Pro Cauto haberi *aliud, quam haberi pro expresso.*
5. *In mutuo cautum, ut eadem bonitate reddatur, unde intelligatur.*
6. *In mutuo vino, oleo, & similibus rebus, auctæ æstimationis commodum, & imminutæ incommodum, ad creditorem pertinet, quandiu hæ reddentur eadem mensura sua die, aut fine die ante litem contestatam.*
7. *Mutuum eadem bonitate, non eadem æstimatione reddi oportere, & quid æstimatio a bonitate rei differat.*
8. *Mutuum minore æstimatione reddi, quam datum est, non iniquum.*
9. *Nummi mutuo dati eadem æstimatione reddendi, & cur hic a reliquis rebus mutuo datis differant.*
10. *Nummis mutuo datis licet pecuniam in aliam formam reddere.*
11. *Nummorum æstimatione postea aucta sufficit ea æstimatione reddere, quæ fuit, cum mutuo dati sunt.*
12. *Nummorum æstimatione postea imminuta, reddi debeat ea æstimatione, quæ fuit, cum mutuum datum est.*
13. *Vinum vetus præstare novo, quomodo accipiendum.*

Constat quod mutuo datum est, id eadem quantitate, & eiusdem generis reddi debere: de quo dictum est initio *L. præcedentis.* An etiam æque bonum reddi debeat, etsi de eo nihil aperte cautum sit, quæritur: de quo hoc loco. Non ambigitur, quid in eo servari oporteat, si nominatim hac lege mutuum datum sit, ut

eadem

eadem bonitate redderetur. Certi enim iuris est, in traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere. *L. in traditionibus, supr. de pact.* Solum hoc habet dubitationem, an & tunc eadem bonitate reddi debeat, cum de eo nobis non caverimus: ac propterea de eo hæc ipsa conditio hoc loco expressa est, atque his ipsis verbis: sic enim loquitur Pomponius, *etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur:* ubi hoc dicere intelligendus est, etsi de eo nihil in mutuo dando dictum sit, nihil convenerit.

Nam ut hic de verbo *cavendi* initio moneam, quia eo verbo non semel Pomponius hic utitur, & ad reliquam sententiam loci intelligendam in primis per-
1 tinet, cavere † generaliter est sibi prospicere adversus periculum aliquod, quod metuatur in re aliqua, ne in id incidamus. *L. 3. in pr. supr. de transact.* Id fit in proposito, cum mutuum dantes, nominatim de bonitate rei exprimimus, pacifcimurque, ut æque bonum nobis reddatur: nam hoc prætermisso potest dubitari, an mutuum eadem bonitate reddi debeat: neque enim omnes sunt periti iuris, aut omnes naturam cuiusque negotii vident. Atque hæc dubitatio periculo non vacat, cum in rebus obscuris sæpe aliud aliis videatur: & ut nihil sit aliud, certe omnis dubitatio lites parit. Ita fit, ut qui nominatim exprimit de ea bonitate, quia hoc facto sibi prospicit adversus periculum superioris dubitationis, ideo recte dicatur eo modo sibi, ut æque bonum reddatur, cavere. Est igitur hic *cavere*, dicere, & verbis nuncupare aliquid: ut & paulo post, cum dicit: *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est*, illud *pro cauto*, valet pro dicto, & nuncupato, seu expresso. Quo intellecto redeo ad quæstionem, an quod mutuum datum est, æque bonum reddi debeat, etsi de eo nihil dictum sit, nihil convenerit.

2 Movet dubitationem, † quod in contractibus stricti iuris nihil præstari oportet, nisi de quo aperte consensum sit, ut declaratur exemplo stipulationis in §. *ult. Instit. de oblig. ex cons. L. quidquid, infr. de verb. oblig.* Atqui huius generis mutuum esse inter omnes convenit, ut quod non numeretur inter contractus bonæ fidei in §. *actionum autem, Inst. de act.* Quo fit, ut si in mutuo de bonitate rei reddendæ cautum, seu dictum non sit: ne id quidem quod mutuo datum est, æque bonum reddi sit necesse, dum sit eiusdem generis & naturæ, quod redditur, & reddatur eadem quantitate. Fuisse rem hanc controversam, in eaque controversia fuisse eam ambigendi caussam, quam dixi, lecto hoc responso dubitari non potest: cum Pomponius de re statuens, in eo sententiam suam accurata ratione confirmet: sit autem ratio eiusmodi, quæ ad superiorem illam obiectionem diluendam non obscure referatur. Ergo de quæstione proposita ita ille statuit: mutuum quod datum est, non solum eadem quantitate & eiusdem generis reddi debere, sed etiam eadem bonitate, qua datum est; etiamsi de eo nihil cautum, dictumve sit, cum mutuum dabatur. Obiectionem autem, quam diximus, ita diluit. Fatetur nihil ne in mutuo quidem præstandum esse, nisi de quo cautum sit: sed ut reddatur res eadem bonitate, id in mutuo hoc ipso, quod mutuum est, sine alia conventione satis caveri ostendit hac ratione: quoniam, inquit, *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut mutuum eiusdem generis, & eadem bonitate solvatur, qua datum est.* Quæ duo si vera sunt, perspicuum est effici id, quod initio statui voluit, ut cum dederimus nihil præstandum esse, nisi quod cautum & conventum est, tamen vel ob hanc ipsam caussam eadem bonitate mutuum reddi debeat. Hinc apparet contineri hoc responsum argumentatione suis partibus constante: quarum in singulis cum sit, quod explicatione indigeat, commode de toto responso ita dicetur, si ordine singulas, ut fert ratio argumentationis, expendemus. Est igitur hæc propositio argumentationis, unde & pendent cætera;
in contrahendo † quod agitur, pro cauto 3
habendum est: ubi id *quod agitur*, sic accipiendum est, quod cogitatum, & de quo sensum est a contrahentibus ita, ut non sit expressum. *L. qui cum, §. ult. in pr. & fi. supr. transf. L. cum qui Calendis, in pr. infr. de verb. obl.* Sed videamus, ne hæc sententia falsa sit: quod exemplo novationis, rei ob caussam datæ, item stipulationis videtur liquido demonstrari posse. Nam de novatione in *L. ult. C. de novat.* ita cautum est: ne posteriore stipulatione de eadem re interposita videatur fieri novatio, nisi nominatim dictum sit novationis caussa posteriorem interponi, neve unquam deinceps ad coniecturas eius, quod verisimile sit actum esse, recurratur. De re ob caussam data ita traditur in *L. si repetendi, C. de cond. ob cau. dat.* nihil videri ob caussam datum, ubi nominatim caussa, de qua sensile nos dicimus, non sit adiecta. Ne autem certa & ge-

& generalis definitio desideretur in hoc genere, de stipulatione ita definitum est in *L. quidquid, infr.* de ver. obl. *quidquid astringendæ obligationis caussa est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum esse*. Sed nihil verius, quam *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse:* neque hoc usquam in alio ullo contractu frequentius traditum legimus, quam in stipulatione. Quid est enim aliud, quod toties traditur, quodque adeo regula iuris comprehensum est, semper etiam in stipulationibus sequi nos, quod actum est? *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. iur. L. ubi, infr. de reb. dub. L. eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* Sequimur enim ideo, quia pro cauto habetur, seu ideo, quia perinde est, ac si verbis stipulationis nominatim comprehensum esset. Neque hoc de eo, quod aperte verbis stipulationis actum est, solum accipi debet; sed maxime de eo, quod tacite actum est: ut declaratur exemplo *d. L.* eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* ubi in eo qui stipulatus erat dari Calendis, nec adiecerat, quibus, placet non ideo vitiari stipulationem; sed si non appareat de quibus senserint contrahentes, primas Calendas esse spectandas, quæ tamen appellatæ non sint, quasi de his actum sit: quod si ipso die Calendarum quis stipulationem interponat, actum videri de sequentibus Calendis. Sed quod dicitur, *id quod agitur*, etiam sine aperta conventione *pro cauto habendum esse*, quoniam dicitur de eo, non quod dicitur tantum agi, sed quod re vera agitur, hanc conditionem omnino continet, si modo etiam id agi intelligatur, ut de eo possit in iudicio constare: nihil enim prosit actori aliquid factum esse intendere, si adversarius neget, nisi probetur: cum actore non probante reus absolvatur. *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Quare sicubi id intelligetur ex conditione rei de qua agitur, & more hominum in huiusmodi negotiis usitato; hic recte dicetur id quod constet ita actum, pro cauto habendum esse, atque hoc modo sequendum. Sin quod dicitur actum esse, eiusmodi est, ut natura rei gestæ non possit probari: necessario hic eveniet, ut si verbis omissum fuerit, pro cauto haberi non possit: non quia aliquid quod in contrahendo actum sit, non habeatur aliquando pro cauto; sed quia quod tale est, non videatur esse actum, quia non probetur: ut merito hic locum habeat illud Pauli ex *L. duo, infra, de test. tut.* non deficere hic ius, si quidem de eo, quod dicitur, constaret, sed deficere probationem: quod eo rem adducit, ut perinde sit, quasi nihil actum esset, etiamsi actum fuisse proponatur. Ut autem non possit intelligi sine verbis & aperta conventione id *quod agi* dicitur, accidit in his tribus generibus negotiorum, quæ supra commemoravi, quia nulla certa eorum negotiorum natura est, ex qua id possit verisimiliter coniici. Ea res facit, ut quod hic agi volemus, nisi de eo aperte verbis cautum sit, pro omisso habeatur: non ut verbis omissum, sed tanquam nec actum. Nam ut respondeam ordine de singulis, stipulatio posterior de omni obligatione præcedenti interponi potest non tantum novationis caussa, sed etiam non novationis caussa: ut appareat natura posterioris stipulationis de animo novandi nihil contineri, nihil probari. Itaque non abs re constituit Iustinianus, ne ea stipulatio novationis caussa aliter facta putaretur, quam si ea gratia illam interponi nominatim cautum esset. Si de eo, quod datur, quæritur, quidvis dari potest & donationis caussa, & ob caussam, idest, ut quid fiat, aut detur: sed & caussæ, ob quas quid detur, innumeræ & longe dissimiles esse possunt: non igitur continetur natura dandi, ut quod datum est, existimetur ob caussam datum esse; multoque minus ob hanc aut illam caussam. Quod ad stipulationem attinet, constat nullam huius certam esse naturam, ut quæ de omni negotio proposito interponi possit, & soleat: *L. 5. §. conventionales, infr. de verb. obl.* eo ad id quod continet declarandum, verba desiderat. Re autem aliqua semel verbis stipulationis comprehensa, si quid erit in ea ambigui aut obscuri, deinceps quid in eo acti sit coniecturis cuique rei & negotio convenientibus explicatur, ut fit in eo, qui stipulatus est dari Kalendis, nec adiecit quibus: in *d. L. eum qui Kalendis, de verb. obl.* ubi ex fine omnibus contrahentibus proposito respondetur primas esse spectandas, ne nihil videantur contrahentes egisse: quod alioqui futurum fuerit. Non eadem caussa est mutui: huius certa est natura, quæ ipso verbo mutui demonstratur: ex ea quid de bonitate rei reddendæ agatur, potest existimari; ideo & de eo cautum intelligitur, de quo mox in explicatione assumptionis. Illud fortasse alicui non temere contrarium videbitur, quod regula iuris traditum est, expressa nocere, non expressa non nocere: *L. expressa, infr. de reg. iur.* non enim regula ad supremas tantum voluntates

tates pertinet, ad quas eam pertinere constat: *L. nonnunquam, infr. de cond. & dem. L. si quis Sempronium, infr. de her. inst.* sed etiam ad contractus: hinc enim est, quod placet illam stipulationem esse inutilem, *si volueris, dari*; hanc utilem, *cum volueris dari*. L. centesimis, §. *ult. infr. de verb. oblig.* Porro hac regula aperte declaratur, id quod expressum non est, quanvis de eo maxime actum sit, non idem tamen per omnia valere, atque id quod expressum est; quod significat non semper haberi pro expresso, seu non ita haberi, ac si expressum esset: alioqui & pariter nocerer, uti ea quæ sunt expressa. Iam ergo videamus, ne contra dicatur in contractibus, cum ita definitur generaliter, in contrahendo quod agitur, quanvis non expressum, tamen pro cauto habendum esse: quid enim aliud est pro cauto haberi, quam haberi, pro expresso? quid est autem haberi pro expresso, nisi perinde haberi, eodem loco esse, ac si expressum esset: proinde etiam & prodesse & nocere eodem modo?

4 Sed longe aliud est † pro cauto haberi aliquid, aliud haberi pro expresso, & quidem ita aliud, ut qui prius dicit, nihil minus dicat, quam id, quod agitur, expressi vim habere. Pro expresso haberi valet, idem efficere quod expressum: quod qui dicit, fateor hunc significare, id quod agitur pariter servari, idemque pariter & nocere & prodesse, uti noceret & prodesset expressum. Itaque si quis hoc diceret: non negem huic adversari illam regulam iuris: *expressa nocent, non expressa non nocent*. At his verbis, *quod agitur, pro cauto habendum esse*, hoc exprimitur, habendum id quidem pro expresso, nam aliter nihil prosit: sed habendum hactenus, ut prosit tantum caventi, non etiam ut noceat. Cavere enim, prospicere est: nemo autem sibi prospicere intelligitur deteriorem conditionem suam faciendo, sed meliorem. Qui dicit id *quod agitur*, licet non expressum, ita pro expresso esse, ut non noceat: non modo nihil dicit regulæ iuris contrarium, qua efficitur, non expressa non nocere; sed maxime idem confirmat. Sequitur assumptio argumentationis propositæ: *id autem in mutuo agi intelligitur, ut eiusdem generis & eadem bonitate solvatur, qua datum est*. Sed frustra hoc dicitur, nisi probatur. Quibus igitur ex rebus id agi intelligemus, ubi de eo nihil verbis expressum est?

5 Tribus his † ex rebus: ex verbo mutui, quo utitur is, qui dicit se mutuo dare; ex rebus, quæ mutuo dantur; ex affectu & more hominum beneficia in alios conferentium. Ex verbo mutui: quia verbum id significat, quod ita a me tuum factum est, ut vicissim quod tuum est, fieri debeat non meum tantum, sed meum illud, quod a me accepisti: quod fieri non potest, nisi ita redditur, ut & genere & bonitate idem præstet. Ex rebus, quæ mutuo dantur: quia sunt eiusmodi, quæ in suo genere solutæ præstent tantundem: quod non alia de caussa quæsitum est, quam ut his reddendis hoc ipsum tantundem præstaretur creditori: id autem non fit, nisi eadem bonitate restituta. Ex affectu & more hominum hoc idem vel maxime perspicitur: quia in officiis conferendis ita omnes animo affecti esse solent, ut dum aliis prosunt, nolint officium suum sibi esse damnosum: hæc hominum consuetudo in interpretatione voluntatis contrahentium maxime spectanda & sequenda est. *L. si libertus ita, infr. de op. lib.* Recte igitur & vere dictum est in mutuo intelligi id agi, ut eadem bonitate reddatur. Quod si ita est, & verum est in contrahendo quod agitur, tam esse servandum, quam si de eo aperte convenisset: conficitur id, quod Pomponius primo loco posuit, mutuum quod datum est, non solum eiusdem generis, sed etiam eadem bonitate reddi debere propter conventionem. Sed quoniam prius dicit rem *eiusdem generis* reddi debere, quæri potest, cur adiiciat, *eadem bonitate*, seu non deteriorem debere reddi. Quid enim? dicat aliquis, potest res aliqua quæ ex eodem genere sit, reddi deterior? potest: veluti, inquit, si vinum novum reddatur pro vetere: de quo exemplo nonnihil dicetur ad extremum. Hac sententia constituta, mutuum quod dedimus non solum eiusdem generis, sed etiam æque bonum reddi debere; † non intempestive quæsitum est hoc loco de rei mutuo datæ æstimatione, an quemadmodum in mutuo rem quæ ex eodem genere sit, eadem bonitate reddi oportet: ita reddi oporteat eadem æstimatione, qua datum est, non minore. Quod quidem eiusdem rationis esse videtur: nam si tum, cum de bonitate agitur, res reddi debet sine damno creditoris: consentaneum videri potest idem quoque & tunc statui debere, cum agitur de rei æstimatione. Hoc amplius hæc ipsa rei æstimatio videri possit pars esse eius bonitatis, quam hic spectari, & quam eandem reddi debere diximus. Sed hoc in vino, & similibus mercibus mutuo datis non placuit, ut intelligere licet ex *L. vinum, infr. eod.* Nam cum illic ita constituitur, si de 6

si de vini mutuo dati æstimatione quæratur, illius temporis æstimationem faciendam, quo vinum ex conventione solvi debet, aut nullo die constituto, eius temporis quo lis contestata est: satis aperte declaratur cæterorum omnium temporum æstimationem non esse spectandam: certe quidem omnium confessione, non eorum, quæ moram debitoris antecesserunt: in quibus præcipue est id tempus, quo mutuum datum est. Cui sententiæ consequens est, quod & de imminuta vini æstimatione, & item de aucta hic sequamur. Propone ergo hoc modo. Duo dolia data sunt mutuo, cum valebant quinquaginta aureis: repetuntur, aut redduntur cum valent tantum viginti: quæro, an debitor ea æstimatione reddendo liberetur. Dicimus liberari, dum vinum reddat eiusdem generis, & eadem bonitate, si aut sua die reddat, aut nullo adiecto die reddat ante litem contestatam: quia æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat. Propone e converso. Duo dolia vini optimi Campani mutuo data sunt, cum valebant viginti; redduntur, aut petuntur eo tempore, quo valent quadraginta: quæro, an debitor debeat ea æstimatione reddere, quæ nunc est. Dicimus debere, ut nihilominus tantundem & eadem bonitate debeat solvere. Quorum utrunque recte constituitur. Consideremus enim in mutuo quid debeatur: ex eo & quid solvi oporteat, & cuius rei solutione debitor liberetur facile intelligemus. Et constat vino mutuo dato venire in obligationem non æstimationem vini, sed vinum ipsum: nempe ut reddatur tantundem eiusdem generis, & eadem bonitate. *L. 2. supr. Inst. quib. mo. re cont. ob. in pr.* Reddat igitur debitor vinum isto modo; consequens erit dicere eum ita solvendo liberari contempta omni præteriti temporis æstimatione, quantumvis multo maior fuerit, cum mutuum dabatur, quam nunc est, cum redditur: quia scilicet solvit, quod debuit, & regula iuris hoc efficit, solutione eius quod debetur tolli obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Rursum non reddat debitor vinum eadem mensura, aut eadem bonitate, qua datum est, quia forte longe nunc maiore sit æstimatione, cum redditur, & nolit maiore reddere, quam acceperit. Dicemus eum non liberari, quantacunque sit præsens æstimatio: quia vinum debuerit eadem mensura, qua datum est, non vini dati æstimationem: unde & necessitate eius, quod debuit, solvendi obstringatur, ut est definitio obligationis. *Inst. de obl.* Quæ etsi certa iuris ratione constant; non desunt tamen, quæ dicantur adversus priorem illam partem, qua volumus licere debitori vinum quod mutuo acceperit, minore æstimatione reddere, quam tum fuit, cum datum est, si vini æstimatio imminuta fuerit, quæ paucis diluemus. Ac primum obiicitur hic locus, in quo de mutuo eadem bonitate reddendo cavetur.

Si æstimatio rei bonitas est, aperte & hic de eadem æstimatione reddenda præcipitur. Si non est: tamen videtur eiusdem rationis esse, ut si eadem bonitate res reddi debet, debeat reddi & eadem æstimatione. Dici enim potest eandem bonitatem ideo exigi, ne creditor aliquid damni ex mutuo sentiat. Si valet hæc ratio in rei bonitate, valeat & in æstimatione, in qua non minus damni futurum est creditori, si res minore æstimatione reddatur. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Dicendum est † neque æstimationem rei mutuo datæ in parte bonitatis numerandam esse, neque ut ipsa reddatur, eadem ratione contineri. Bonitas cuiusque rei in re ipsa est, nec accersitur aliunde, sed inest in re quaque natura: ideo nec hominum opinione aut æstimatione mutatur. Rei æstimatio extra rem, hominum iudiciis & arbitrio constans, non natura: & quidem ita extra rem, ut nec æstimatio ex bonitate pendeat: alioqui diceremus, quæ vina eadem bonitate essent, eadem quoque æstimatione semper esse: quod longe aliter accidit: nam quod vinum æque bonum hodie pluris est, cras erit minoris, & contra. Augetur & minuitur istarum rerum æstimatio ex ipsarum copia aut inopia; non bonitate rei efficitur. Bonitas rei certa est, & quandiu res integra est, non variatur. Æstimatio rei etiam in eadem bonitate rei est incerta, & per singula fere momenta variabilis. Non igitur æstimatio rei bonitas rei est, aut ullam partem bonitatis continet. Sed nec cum de his reddendis agitur, recte ista inter se comparantur. Eadem bonitate reddi debet, quod datum est, non ne aliquo afficiatur incommodo creditor: alioqui quodcunque damnum passus esset, quia mutuum dedit, id ei præstandum esset; Sed quia actum est, ut redderetur quidem sine incommodo, hactenus tamen: ut redderetur solum quod datum est, non amplius: unde & bonitas rei conventione hac continetur, quia cum insit in re, etiam una cum re accepta est; non continetur æstimatio, quia hæc cum nulla ratione cum re coniungatur, non est accepta.

Occurrit præterea rei æquitas certis regulis iuris confirmata: nam hoc quidem pluſ-

plusquam æquum esse constat, nemini officium suum esse damnosum. *L. si servus*, *§. quod vero*, *infr. de fur.* Perspicuum est autem damno affici creditorem, si vinum quod vendere potuit quadraginta aureis, cogatur recipere tunc, cum si velit, non possit vendere nisi dimidio minoris, & tamen aut vendere cogatur, aut vinum amittere, quia futurum sit, ut corrumpatur. Quare aut vinum eadem æstimatione reddi, aut damnum imminutæ æstimationis illi præstari æquum est. Et negari non potest non sine damno creditoris interdum contingere, ut imminuta vini æstimatione
8 id reddatur. Sed non † ideo iniquum, qua æstimatione nunc est, cum redditur, ea æstimatione præstari, nec quidquam præterea: hac enim lege mutuum datum est, ut debitor idem in genere redderet, dum eadem mensura & bonitate, non ut redderet æstimationem: æquum est hanc conventionem illi servari, quod & edicto de pactis efficitur. *L. 1. L. iuris gentium*, *§. ait prætor*, *supr. de pact.* Idque eo est æquius, quod si crevisset vini æstimatio, nihilominus debitor eadem mensura & bonitate vinum reddere deberet. Non debet creditor moleste ferre incommodum minutæ æstimationis, ad quem auctæ commodum pertinet. Quintmo secundum naturam est incommoda eiusque rei eum sequi, quem sequuntur commoda, & contra: & ita in emptione ex hac regula servatur. *L. 2. §. sicuti*, *infr. de her. vel ac. ven. §. cum autem*, *Inst. de em. & ven. L. secundum*, *infr. de reg. iur.* Non obstat, quod dicitur iniquum esse, damnosum esse cuiquam officium suum: hoc enim de invito dictum est, & eo cui damnosum esse velimus præterquam quod ipse admittat: cæterum volenti & consentienti nulla dubitatio est, quin possit esse damnosum: licet enim unicuique de re sua statuere, ut velit, & quovis modo, ac maxime paciscendo deteriorem conditionem suam constituere: *L. pactum*, *supr. de pact.* idque fit sine iniuria & fraude cuiusquam: cum non intelligantur fraudari, qui consentiunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.* Quid, quod creditori licuit etiam totum donare? Atqui ita est mutuum, ut qui dat, velit rei datæ usu carere, quem in alium conferat: id agat etiam, ut qui accepit, non eandem æstimationem quandoque reddat, sed rem eiusdem generis & bonitatis, ut ita reddendo liberetur. *Inst. quib. mo. re cont. obl.* Nihil minus igitur, quam iniquum, hoc ita adversus consentientem servari, etsi ex ea re aliquod ei esset incommodum. Rursum dici potest hoc ipsum, non reddere mutuum eadem æstimatione qua acceperis, alia ratione esse iniquum. Natura hoc æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *L. nam hoc*, *infr. de con. ind.* At debitor duobus doliis acceptis quæ valebant quinquaginta, ad eam usque summam locupletior factus est. Sive enim id vinum tum vendidit, tantum pretium est consecutus: sive non vendidit, tamen quia emere coactus esset, & tantam pecuniam in eam emptionem impendere, hoc ipso hactenus locupletior est, quod non est pauperior factus. *L. in pupillo*, *ver. plane*, *infr. de sol.* Iniquum igitur illum mutuo accepto hactenus locupletiorem fieri cum damno creditoris: quod fiet, si creditor ea æstimatione carebit, quam si vinum non dedisset, potuisset consequi aut vendendo, aut aliud tanti non emendo. Proinde & hanc æstimationem videtur debitor illi præstare debere. Hic duplex defensio est. Primum non videri iacturam aut damnum pati eum, qui volens id faciat. *L. quod quis*, *d. L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.* id autem in mutuo contingere ei creditori, qui sponte rem suam a se abdicet, eiusque usum & commodum in alium transferat, contentus idem genus postea recipere. Deinde quod diximus de illa sententia, nulli debere officium suum esse damnosum, hoc idem valere in hac etiam: æquum esse, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem: nempe & hanc ita debere accipi, si quis locupletior fiat cum iactura alterius inviti, non volentis. Quin enim possit quisque tantum liberalitatis in alium conferre, quantum velit, non dubitatur; ut satis declaratur argumento donationis: *L. 1. infr. de do. Inst. eod.* nec vero quidquam magis naturale existimatur, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Summa ergo hæc erit in vino, frumento, oleo, & similibus mercibus, cum quid ex his mutuum datum est, nihil amplius deberi, quam tantundem eiusdem generis & bonitatis: æstimationem cum bonitate nihil commune habere: hinc fieri, ut eiusdem generis vinum, aut oleum, & eadem mensura reddi debeat, quanvis quod redditur, sit maiore æstimatione, quam tum, cum acceptum est: & contra debitor tantum reddendo liberetur, quanvis sit æstimatione minore: ut breviter dicendum sit in his rebus mutuo datis & auctæ æstimationis commodum, & im-

& imminutæ incommodum ad creditorem, non debitorem pertinere, quandiu hæ sua die reddentur, aut sine die ante litem contestatam. Sed hæc, inquam, de vino dicta sunt, & similibus mercibus, quæ scilicet naturali bonitate constant, ut oleo, frumento.

9 Diversa caussa est † pecuniæ numeratæ: non quod & hae mutuo data non debeat reddi res eiusdem generis, & eiusdem bonitatis, ut in cæteris omnibus, in quibus mutuum consistit: alioqui definitio huius loci falsa sit; sed quia in pecunia numerata non debet idem genus accipi, quod in cæteris rebus, multoque minus eadem bonitas: et propterea ius in illis supra expositum hic sequi non possimus. In cæteris rebus res a sua æstimatione ita differt, ut nihil sit magis contrarium: differunt enim ut inter se relata, quorum unum nunquam potest esse alterum: eo fit, ut res in illis reddenda sit, quæ mutuo data est, quamvis nunc multo sit pluris, quam tum fuit; & quamvis eviluerit, tamen cum res sola fuerit in obligatione, debitor rem solam solvendo liberetur, nec necesse habeat addere, quod deest præcedentis temporis æstimationi, quam non debuit. Sed & bonitas rei, quæ in vino & similibus mercibus inest natura, nihil commune habet cum harum rerum æstimatione, quæ extra rem est: proficiscituque magis ex earum copia aut inopia, quam ex bonitate, ut supra diximus: ut consequens sit, dum res mutuo data reddetur eadem bonitate, qua data est, non esse necesse eam reddere eadem æstimatione: & in summa nihil ad rem pertinere præcedentem rei æstimationem, ut vel hanc debitor cogatur præstare, vel hanc ultro solvens liberetur. In pecunia numerata, & nummis longe aliter res habet. Pecuniæ numeratæ vis omnis, & bonitas, substantia adeo ipsa est in ea æstimatione, quæ cuique nummo certa nota percusso publice est indita, nec quidquam est nummus, nisi id quod publice valet, & quo æstimatur. Consistit enim non natura, sed hominum instituto & æstimatione. Horum utrumque eleganter demonstrat Paulus in *L. 1. infr. de contrah. empt.* constare quidem nummum hominum æstimatione declarat his verbis: *electa est*, inquit, *materia, cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret:* substantiam autem nummi esse in quantitate & eius æstimatione docet his verbis, quæ sequuntur: *eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* Exempli gratia, aureus solaris gallicus cum æstimatur 55. assibus Turonensibus, ut est loquendi mos in Gallia, non est orbiculus ille aureus certa nota constans, qui cernitur, & tractatur manibus; sed sunt 55. asses Turonenses, quibus æstimatur, quæque potestas est illi edicto principis attributa: & recte. Est enim unaquæque res id, quo consistit, seu quo fit, ut sit id quod est, & quo sublato esse desinat, quod est. Aureus autem ad hoc publice institutus, ut certam quantitatem reddat, præstetque in rerum permutationibus, consistit hac æstimatione, habetque ab ea, ut sit id quod est: ac detracta æstimatione non sit amplius nummus, nec a massa infecta eiusdem ponderis quidquam differat. Itaque nummi substantia non est in materia aut figura nummi, sed in æstimatione, quæ tamen materia & figura seu nota certa publice imposita indicatur. Multo magis nummi bonitas consistit in hac ipsa æstimatione: nihil enim amplius boni seu utilitatis habet nummus, qua nummus est, quam quod tanti valet, tantumque efficit in permutandis & parandis rebus. Quæ si ita sunt, qui certos nummos accepit mutuos, non tam materiam illam & corpus signatum, quam æstimationem eius corporis accepisse intelligitur, idest, eam quantitatem, qua illud corpus quavis moneta minore æstimatur: nec intelligitur accepisse alia bonitate, quam ea, quæ illa ipsa æstimatione continetur. Secundum hoc & quid pecunia accepta reddi possit, aut debeat, & qua æstimatione reddi, iudicetur: sit autem res in his quæstionibus exposita.

Ac primum de re, quæ reddi possit, quæro: Aurei nummi solares Gallici centum mutuo dati sunt. Licetne pro † his 10 aliam pecuniam, seu pecuniam in aliam formam reddere? Dicemus licere: & generaliter eum qui pecuniam cuiuscunque modi accepit, aliam quamlibet eiusdem quantitatis recte reddere si velit, atque eo modo liberari: usqueadeo, ut pro aureis nummis recte reddat non solum argenteos, sed etiam æreos, dum modo reddat ad eandem quantitatem, probos, & locabiles: nempe quia reddit, quod accepit: acceperat enim eam quantitatem, qua aurei æstimabantur, & reddit eadem bonitate, quia eadem æstimatione; in hac autem bonitas nummi sita est. Etsi autem & definitio superior pecuniæ, & definitionis ratio quam initio posuimus, satis hanc sententiam comprobat: tamen ne qua sit dubita-

bitatio aut de re, aut de ipsa definitione, operæ pretium erit & sententiam hanc totam certis ac manifestis iuris locis demonstrare. Videri ergo pecuniam eandem esse, quæ ex pecuniæ genere sit, etsi sit alia atque alia forma, dummodo sit eiusdem quantitatis seu æstimationis, declaratur aperte in *L. quæ extrinsecus, infr. de ver. obl.* in ea parte, ubi is qui stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondet, dicitur obligari: hinc enim intelligitur idem respondisse eum, qui eiusdem quantitatis aureos, quamvis monetam alterius materiæ & notæ, respondet: nam aliud si respondisset, stipulatio esset inutilis. *§. præterea, Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet, quod qui aureos respondet; videtur amplius aliquid & melius respondisse: non enim sufficit, melius respondisse, nisi idem respondeas, ut responsio congruat interrogationi. *L. 1. §. si stipulanti, L. inter, §. si stipulante, infr. de verb. obl.* Ut autem stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondendo videatur quis idem respondisse, non aliter fit, quam si denarii sint ea quantitas, qua aurei æstimantur, & aurei item ea quantitas, qua similiter denarii æstimantur: ut sic concurrente utrinque eadem quantitate intelligatur eadem res in interrogatione & responsione versari. Quominus autem dubitemus etiam pro aureis nummis licere argenteos aut æreos, dummodo locabiles & eiusdem æstimationis reddere, facit *L. Titiæ amicæ, infr. de au. & arg. leg.* ubi auri pondo quinque legatis, respondetur aut aurum, de quo quæritur, præstari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. In qua electione certi iuris est fieri potestatem heredi pretium præstandi: est enim in hac distinctione omni electio debitoris, utrum præstet: *L. 2. §. Scævola, infr. de eo quod cer. loc. L. plerunque, §. ult. inf. de iur. do.* proinde & hic in potestate heredis quamvis pecuniam præstare, qua aurum possit comparari. Si pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, qua aurum æstimetur: multo magis potest pro pecunia aurea debita, cuius multo certior est æstimatio, quam auri infecti. Quid quærimus amplius? exstat in *L. Paulus respondit, alias L. debitorem, 99. infr. de solut.* hæc definitio; *Paulus respondit creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* Quo responso contraria definitio hæc exprimitur, si creditor ea ex re nullum damnum passurus sit, liberum esse debitori nummis certis acceptis reddere alios cuiusvis alius formæ, & creditorem cogendum oblatos accipere. Quodnam autem hic creditoris damnum esse possit nummis alia forma datis videamus. Non utique in eo, si argentei aut ærei nummi dentur pro aureis, dum qui dantur, publica æstimatione eandem quantitatem, atque eundem usum in rerum permutationibus præstent, ut supra probavimus; Sed si summa mutui sit magna, & minuta moneta reddita, nimium oneretur creditor; aut si peregre profecturo, vel peregre transportaturo reddatur exiguæ quantitatis moneta, quæ ad gestationem creditori sit gravis & onerosa, ut sine sumptu eam ferre non possit. Idem dixeris, si reddatur ea moneta, quæ a proficiscente non possit collocari in iis locis, in quæ cogitat eam deferre. Nunc quæ contra dici possunt, expendamus. Et nimirum hic nobis obiicitur illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L. 2. §. 1. supr. eod.* quo significatur in cæteris rebus eandem speciem solvi debere, in mutuo idem genus, idest, rem eiusdem generis. Unde videtur effici nummis aureis mutuo datis nummos itidem aureos, & eiusdem notæ reddi debere: rem nimirum eiusdem generis. Recte hoc concluderetur, si nummis aureis mutuo datis nihil hic aliud mutuo datum intelligeremus, quam materiam, & notam nummorum: sic enim fieret, ut quæcunque alia materia aut nota redderetur, intelligeretur reddi res alius generis. Nunc autem effectum est, quidquid datur, non materiam aut formam dari videri, sed nummorum æstimationem. Proinde qui hanc æstimationem reddit in quavis alia moneta, reddit quod accepit, certe idem genus, non aliud, & regulæ iuris satisfacit. Obiicitur & illud, quod de bonitate hic scriptum est, ex quo hæc collectio sumitur: Mutuum eadem bonitate reddi debet, qua datum est, idque ad res omnes pertinet, ut hic traditur. Non reddit autem eadem bonitate, qui pro auro reddit argentum, aut pro argento æs: nemo enim ignorat aurum præstare argento multis partibus, & argentum æri. Non igitur licet pro auro argentum, pro argento æs reddere. Hoc argumentum eos fallit, qui in nummis materiam spectant, non æstimationem, ut fit in auro & argento adhuc infecto. Sed iam dixi, & verum est, in moneta omni non materiam esse spectandam, sed æstimationem, & eum usum, ad quem præstandum moneta cuiusque notæ publice constituta est. Certe

non

non tunc materiam nummorum spectare oportet, cum de eorum bonitate agitur: hæc enim solida in eorum æstimatione posita est, cum ad eam rem unam parati sint, & ad hanc unam sint utiles, ut eam quantitatem præstent, quæ illis publice est indita. Quapropter qui aureis nummis acceptis alios reddit eiusdem quantitatis, non solum reddit rem eiusdem generis, quia quantitatem & ipse prius accepisse intelligebatur; sed etiam rem maxime eiusdem bonitatis, utpote eandem illam utilitatem præstantem, quæ accepta fuerat. Quæ si recte dicuntur cum pro nummis aureis redditur alia quævis moneta, in qua nihil sit auri, dummodo sit eiusdem quantitatis: multo citius idem dixerimus, si nummi aurei ex optimo auro cusi mutuo dati sint, deinde cum placuisset principi cudi eos auro non æque puro, eadem tamen æstimatione & nota, hi redditi fuerint. Ubique enim satis est reddi nummos eiusdem quantitatis, ut idem videaris reddere. Pecunia certæ notæ mutuo data, quid reddi possit ex omni alio genere monetæ, dictum est. Iam quæro, qua æstimatione vel aliæ monetæ reddi possint & debeant, vel eædem quæ datæ erant: utrum ea, qua nunc æstimatur moneta, cum redditur; an ea, quæ fuit, cum mutuum datum est. Quod ut distincte explicari possit, sive pecuniæ mutuo datæ æstimatio aucta sit, sive imminuta, primum propone hoc modo.

Centum aurei mutuo dati sunt, cum aureus valebat 50. asses: deinde redduntur,
11 cum aureus valet 56. quæro, an † debitor debeat aureum reddere aut æstimationem eius habita præsentis æstimationis ratione, an eius quæ initio fuit, cum dabatur. Consequens est superioribus reddere eum debere ea æstimatione, quæ initio fuit: sive quod id solum reddi debet, quod datum est, hæc autem æstimatio potius videtur data: sive quod satis est mutuum eadem bonitate reddi, qua datum est, nummi autem bonitas posita est in hac ipsa æstimatione: nec fit hoc casu creditori iniuria, si in singulos aureos 50. tantum asses accipit, quos in singulos tantum dederat. Dices: si aucta hoc modo aureorum æstimatione, ut diximus, centum aurei mutuo dati redduntur ea æstimatione, qua dati sunt, non præsente: non redduntur centum aurei integri, quoniam de singulis detrahuntur quinque asses: at debet reddi tantundem. Respondeo nihilominus reddi centum aureos integros; & quamvis quis concesserit eos non reddi, tamen non eo minus reddi tantundem, Non redduntur centum aurei, qui nunc sunt; sed redduntur centum aurei, qui fuerunt, cum accepti sunt: tot enim assibus tum æstimabantur, non pluribus: hoc autem ad solutionem mutui satis. Tum autem aureis mutuo datis ipsa aureorum æstimatio data est, ut diximus, non corpus nummorum: Ita qui æstimationem eandem reddit, aperte reddit tantumdem. Obstat tamen hic *L. cum certum, infr. de aur. & arg. leg.* ubi ita scriptum est: *cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, sed genus, ut sit in mutuo*, puta si quinque pondo legata sint: *non materiam, sed pretium præsentis temporis præstari* debere: *præsentis*, idest, eius quo aurum præstandum est. Et aliud ius legatum, aliud mutuum postulat. In legato nihil ante profectum est a legatario, cuius æstimationem spectare liceat, ut hanc sequamur: at in mutuo profecta est prius pecunia a creditore, cuius ad pecuniæ æstimationem omnino referri oportet, ut pro natura mutui recipiat creditor, quod dedit.

Quæro e converso: aureus hodie minoris est, quam tum cum mutuo datus est: an præsente æstimatione reddere satis est, an vero † reddi oportet ea æstimatione, 12
quæ initio fuit, ut si quid illi æstimationi deest, a debitore suppleatur? Et hoc quoque consequens est superioribus, reddi pecuniam debere ea æstimatione quæ olim fuit, non ea quæ nunc est: quippe illa, non hæc accepta est: quo fit, ut nisi debitor illam reddat, aut non intelligatur tantumdem, aut non eadem bonitate reddere: quorum utrumque pugnat cum regulis mutui. Ita in summa in nummis hoc evenit, ut quoniam eorum æstimatio in mutui obligationem venire intelligitur, ideo ad hanc solam mutui solutio referatur, ut nec auctam esse nummorum æstimationem quidquam creditori prosit, ut hanc recipere debeat; nec noceat ei esse imminutam, quominus accipiat nummos ea æstimatione, qua dedit. Hæc de pecunia mutuo data iam olim ante annos quindecim publice docuimus Biturigibus in huius loci enarratione, neque id semel: quæ recognoscentes & parantes mandare literis reperimus idem disputasse & sensisse Fran. Hotomanum nostrum in *lib. Illust. quæst. c. 15.* cuius in hac re eruditæ rationes ad huius sententiæ confirmationem non parum momenti afferent. Illud superioribus adiiciendum est, si in pecunia mutuo data æstimatio ipsa pecuniæ data videtur, consequens esse & hanc illius temporis æstimationem perpetuo spectandam,

dam, quia ſemper ea quantitas certa & eadem futura ſit: proinde nec diſtinctionem *L. vinum, infr.* ad pecuniam numeratam pertinere. De qua illic dicendum eſt.

Veluti vinum novum pro vetere] Non licet, inquit, debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere: quod ſit, ſi vinum novum reddat pro vetere.

13 Non ſatis perite definitum hoc ſit, † ſi generaliter & pro conditione omnis vini novi ſcriptum accipimus: cum conſtet multis in locis vina nova, ideſt, huius anni (ſic enim novum diſtinguitur a vetere in *L. vetus, infr. de trit. vi. ol. leg.*) veteribus trium aut quatuor annorum præſtare. Sed animadverti debet ſcripſiſſe hoc hominem Romanum: nempe ex more ſui temporis, & Romanorum: apud quos vere & perite dictum eſt præſtantiora eſſe vetera novis, quod & Plautus *in Aſinaria* uſurpavit: id quod valet in vinis, ad veteres comœdias transferens: ſiquidem Romani vina ſua ita parabant ad ætatem ferendam, ut primo valde auſtera exprimerent, ſic deinde diligenter condita & aſſervata ſenſim miteſcerent tempore, fierentque cum meliora, tum guſtu ſuaviora. Id cum ſimiliter non obſervetur in omnibus regionibus, atque adeo natura loci non ubique id ferat: ex uſu cuiuſque regionis æſtimandum erit, utrum vinum vetus præſtet novo, an contra novum veteri, arg. *L. legatis, in fi. infr. de legat.* 3. In univerſum autem ita recte definietur, vinum vetuſtius ſi defæcatum erit, & aptum ad uſum, melius eſſe novo nondum defæcato, & ad uſum apto.

Ad L. Si quis. 4.

Ulpian. Lib. 34. ad Sabin.

Si quis nec cauſſam nec propoſitum fœnerandi habuerit: & tu empturus prædia deſideraveris mutuam pecuniam: nec volueris crediti nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere: atque ita creditor (qui neceſſitatem forte proficiſcendi habebat) depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes: hoc depoſitum periculo eius eſt, qui ſuſcepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo ſuo rem habebit.

S U M M A R I U M.

1. *Periculo debitoris eſſe pecuniam, quæ nondum mutua facta ſit, quid ſit.*

Sive pecunia apud aliquem depoſita eſt, ut ea pro commodo ſuo tanquam mutua uteretur; ſive eſt alia ſpecies depoſita, ut eam depoſitarius venderet, ſi videtur, & pretio uteretur mutui nomine; ſi id poſtulante eo qui accepit, factum eſt, cum is, qui deponebat, nec cauſſam nec propoſitum deponendi aut fœnerandi haberet, ſed tantum petenti gratificari vellet: hic traditur, hoc depoſitum periculo eſſe eius, qui ſuſcepit.

1 Quod habet † hanc ſententiam: quocunque modo res perierit etiam ſine dolo & culpa accipientis, puta fortuito caſu; rem ei perire, qui ſuſcepit: ſic enim huius verbi ſignificatio eſt in uſu iuris, cum periculum alicuius eſſe dicitur in re aliqua, ſeu res ei perire, ut innumeris locis teſtatum eſt, in quibus hi ſufficient. *L. ſi gratuitam, §. 1. §. Papinianus, §. pen. infr. de præſ. ver. L. eum qui, §. 1. infr. com. L. lectos, & L. quod ſi neque, infr. de per. & com. rei ven. L. 1. C. com. L. pignus, C. de pig. act.* Sed ex hac interpretatione incidit ſententia in difficultatem: & vero non videtur ſecundum regulas iuris admitti poſſe. Apparet enim in propoſita ſpecie non eſſe mutuum, ut quis forte dicat, quia mutuum contractum ſit, ideo hic periculum eſſe accipientis, ut ſit in mutuo. *§. item is, Inſt. quib. mo. re con. obl.* Sic enim verba ſunt, ut proponatur tantum pecunia depoſita, nec eo conventio progrediatur, ut etiam transferatur res in accipientem, ſine quo non eſt mutuum. Et quamvis accipienti ſiat poteſtas rei in mutuum convertendæ, ſi velit: tamen hæc ipſa conventio evidenter declarat, quandiu pecuniam in mutuum non convertit, depoſitum manere. Tum autem diſerte hic depoſitum nominatur. Depoſiti autem & omnium contractuum, in quibus res aliena in accipientem non transfertur, hæc lex eſt

est communis, ut nunquam qui accepit, re casu fortuito amissa teneatur, ubi de eo in re contrahenda nihil nominatim convenerit. *L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. contractus, in fin. infr. de reg. iur.* Nec ad rem pertinet, quod in proposito res deposita est solius depositarii caussa: nam & in commodato solius commodatarii gratia & utilitas vertitur: neque ideo tamen casum fortuitum in eo quisquam præstat, sed tantum dolum & culpam. *L. si ut certo, §. commodatum, infr. com.* Idcirco repudiata Ioannis sententia omnibus fere huius loci interpretibus superior interpretatio displicuit, qui regulam contractuum & legem aliorum locorum secuti sic rem periculo accipientis in specie proposita esse interpretantur: ut periculum hic complectatur non tantum dolum & culpam levem, sed etiam omnem culpam quamvis levissimam; non tamen & casum fortuitum: ut pereat quidem illi res, quamvis vel levissima eius culpa perierit; non tamen si perierit casu, cui obsisti non potuit. Sed verbum periculi, & perpetuus usus iuris auctorum refragatur, de quo supra ostendi. Quod ad rem attinet, ipsa hæc sententia in ipsissima specie quæ hic proponitur, aperte refellitur in *L. rogasti, infr. eod.* ubi traditur re ita deposita, ut hic deposita est, idest, ea gratia solum, ut qui accepit, venderet, & nummis uteretur, rem perire accipienti, etsi sine culpa eius prius, quam venderet, perierit. Ergo etsi perierit sine culpa eius levissima: nam & levissima culpa, culpa est. *L. si putator, L. in lege, 44. supr. ad leg. Aq.* Quapropter quud verba ex usu certo & perpetuo iuris significant, id hoc quoque loco sequemur, ut quod dicitur depositum in proposita specie periculo eius esse, qui suscipit, sic interpretemur: ut quamvis res perierit casu sine dolo, & ulla culpa accipientis, tamen res ei pereat, idest, detrimentum eius sit, nec secus teneatur, quam si res adhuc extaret. Neque id cum vulgo interpretum tunc solum recipiemus, cum pecunia nec clausa nec obsignata adnumeratur accipienti: quo casu placet eum qui accipit, pecuniæ dominum fieri, & tantundem debere: *L. in nave, vers. idem iuris, infr. loc.* sed & tunc, de quo maxime hoc loco agitur, cum pecunia ut species certa deposita est: veluti, cum inclusa est sacculo aut cista, & sacculus aut cista est deposita: Nam etsi species certa alia data sit vendenda, ut qui accepit, pretio uteretur, comparatur tamen hoc loco hæc species priori, placetque in ea non minus speciem periculo eius esse, qui accepit: idemque scriptum est in *d. L. rogasti, infr. eod.* Nec vero quominus horum utrumque statuamus in re ita deposita, ut proposuimus, metuemus generale illud: casus fortuitos nullo iudicio præstari: quamvis minime dubium sit ex eo fuisse ambigendi caussam. Hanc enim definitionem certum est ad mutuum non pertinere, de quo ita scriptum est in *d. §. item is, Inst. quib.* mo. re con. obl. *& is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, nihilominus obligatus remanet.* Si definitio ad mutuum non pertinet, consequens est, ne in hac quidem specie locum habere debuisse: non quia deposita sit res solius depositarii gratia; alioqui etiam in commodato idem diceremus: sed quia ita est deposita solius accipientis caussa, ut sit etiam mutui nomine, si ille pecunia uti vellet, quia ab initio mutuum rogaverat, & cupiebat in hunc usum pecuniam paratam apud se habere, tametsi nollet eam statim esse mutuam. Quod pro mutuo hactenus habendum est, ut in eo depositarius mutui lege uti debeat. Nam primum etsi hic depositum est re vera; tamen præcipitur cuiusque contractus initium spectandum, & caussam. *L. si procuratorem, in pr. infr. man.* Fuit autem hic initium deponendi, quod mutuum rogabatur; deponendi caussa, ut esset pecunia accipienti mutua, cum ipsi commodum videretur: ut sit in hoc deposito initium, & caussa mutui. Hoc igitur potius in hoc deposito spectare debemus. Deinde si desideranti pecunia statim data esset mutuo, eius periculum statim futurum esset. *d. § item is, Inst. quib. mo. re con. obl.* Proinde & nunc esse debebit, cum pecunia apud eum ita deposita est, ut postea pro suo commodo mutuam haberet. Quod enim creditor mutuum distulit, non sua gratia distulit, sed officii caussa, solum ut accipienti in eo gratificaretur: non debet autem ei hoc officium esse damnosum. *L. si servus, §. quod vero, infr. de fur.* Quare & hoc quasi nec distulisset, perinde habendum est. Sit igitur ex hoc loco hæc sententia de obligatione mutui constituta: ut in re mutuo data, quæ casu amissa sit, accipientis periculum est, non dantis; sic & in ea esse debere, quæ deponatur quidem ab initio, sed mutui nomine: idest, ita ut vel ipsa, si pecunia est, vel pecunia inde confecta pro arbitrio & commodo accipientis fieret ei mutua, si modo & desiderante eo, & solius eius gratia ita sit apud eum deposita.

Ad §.

Ad §. Res pignori data,

Res pignori data, pecunia soluta condici potest, fructus ex iniusta caussa percepti, condicendi sunt: nam etsi colonus post lustrum completum fructus perceperit: condici eos constat: ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt, nam si ex voluntate, proculdubio cessat condictio. Ea, quae vi fluminis importata sunt, condici possunt.

QUod in his caussis tribus quae sequuntur, constanter dicitur rem ex his caussis debitam condici posse, huc spectat: ut inductione horum exemplorum statuatur in summa haec sententia de certi condictione: Quidquid certum propria aliqua actione in personam peti potest, id & certi condictione peti posse: quae definitio est propria *L. certi, infr. eod.* Dicitur tantum hoc loco posse rem ex his caussis condici, neque adiicitur, qua condictione. Sed cum locus in hunc titulum relatus sit: condictionem titulo convenientem intelligere debemus. Agitur autem hic de condictione certi, ut inscriptio tituli indicat. Hanc igitur accipiemus. Quod dixi, quidquid propria aliqua actione in personam peti potest, huc pertinet: ut comprehendatur quidquid debetur quavis ex caussa, sive ex contractu debeatur, sive ex maleficio, quod & exempla huius loci ostendunt: nam & utriusque speciei hic exempla sunt. Ex contractu, veluti, si res pignori data sit. Ex maleficio, veluti, si fructus ex iniusta caussa percepti petantur; aut ea quae de nostro vi fluminis in alienum importata sunt: quae sunt omnia exempla huius loci. Re pignori data constat obligationem re contrahi, & hinc nasci pignoraticiam actionem ad pignus repetendum pecunia soluta, aut si erit eo nomine creditori satisfactum. *§. ult. Inst. quib. mod. re cont. obl. L. si rem, §. omnis, infr. de pig. act.* Fructus percipiuntur ex iniusta caussa, qui percipiuntur ex re aliena a malae fidei possessore. Hi sunt domini praedii, non possessoris. *L. qui scit, infr. de usur.* Qui eos percipit, percipiendo contrectat: contrectando furtum facit, si scit rem esse alienam: nam furtum est contrectatio fraudulosa. *L. 1. in fin. infr. de fur.* Porro & de re furtiva etiam propria actio est domino in personam, nempe condictio furtiva. *§. sic itaque, Inst. de act. §. ult. Instit. de obl. quae ex mal. nas.* Hoc sentit Ulpianus, etiam huiusmodi res & certi condici posse. Quae vis fluminis ex alieno praedio ablata in alienum transtulit, haec veteris domini manent. *§. praeterea, Inst. de rer. divis. L. hoc amplius, §. 1. infr. de dam. inf.* Ob eandem caussam ab eo qui ignorare non possit haec esse vi fluminis importata, sine furto contrectari non possunt. Unde & adversus eum eadem condictio furtiva. Quod si & de his propria est actio in personam, consequens est posse & ea certi condici. Ex his apparet confirmari hoc loco definitionem *L. certi, infr.* & exemplis declarari, ut plane locus ad eam definitionem referri debeat.

Ad L. Quod te. 5.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares: tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeritur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum [si] in potestate tua fuerit id necne: aut dolo malo feceris, quo minus esset, vel fuerit necne: sed etiam si aliqua iusta caussa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

S U M M A R I A.

1. *Interitu rei debitae quando debitor liberetur.*
2. *Fieri seu stare per debitorem, quominus det, quid sit, & quibus modis id contingat.*
3. *Mora quid?*
4. *Moram ex re fieri aut ex persona, quid, & num. 6.*
5. *Interpellatio ad moram in obligationibus in diem, & in delictis non necessaria.*
6. L. Mora, D. de usur. *exposita.*
7. *Mora ex re fit singulari iure, quando.*
8. *Iustae recusandi caussae ad moram impediendam quatuor.*
9. L. nulla, de reg. iur. *exposita.*

CUM de condictione certi haec definitio sit: Quidquid quavis ex caussa debetur, & peti potest, condictione certi peti posse: *L. certi, infr. eod.* pertinet omnino ad hanc definitionem intelligi, an quod semel deberi coepit, etiam tunc pergat deberi, cum perierit; an vero debitor eo interitu liberetur: ut efficiatur illic id peti posse condictione certi, hic nequaquam. Est autem illius definitionis tractatio huius tituli propria. Quapropter nihil fit ab hoc titulo alienum, si superius illud de interitu rei debitae in eo explicatur: quod hic factum est.

Placet vero debitorem eo interitu interdum non liberari, interdum liberari: Si
1 quidem perierit res † postquam per debitorem factum est, quominus daret, teneri eum nihilominus: si ante, liberari. Sententia eadem, quae & *L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Utrobique auctor idem Pomponius. Itaque cum sit hic locus ibi a me expositus, hic ero brevior, ac summa tantum capita huius quaestionis attingam: tantum ne huius ipsius loci, qui proponitur, ratio penitus ignoretur.

2 Per debitorem † fieri, quominus det, & quod idem est, per debitorem stare, quominus det (qua forma loquendi Pomponius utitur in *d. L. si ex legati.*) valet idem, quod debitoris culpa fieri, quominus det. Quod enim hic, & in *d. L. si ex legati*, dicitur: si per debitorem factum sit, steterit, quominus daret, eius detrimentum esse, & semper eum teneri: id ipsum est, quod aliis verbis constituerunt veteres, nempe his, culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. ob.* Per debitorem stare intelligitur, seu culpa eius fieri, quominus det, duobus modis. Aut enim rem occidit ipse, vel quoquomodo facit, quo res vel ex rebus humanis, vel ex hominum commerciis eximatur; aut in re praestanda moram facit: quorum utrumque aliis quidem verbis, re tamen ipsa & sententia complexa est *d. L. si ex legati.* Prior culpae species hic omissa est: mora solum ex parte attingitur.

Mora significat † omnem dilationem. 3
Sed in usu Iuris morae verbo eam intelligimus, quae est iniusta, quia qui iuste differt, nec videtur differre: *L. sciendum, infr. de usur.* ut mora recte definiatur iniusta dilatio in eo praestando, quod quis praestare debeat. Quod si iniusta, etiam cum culpa & vitio debitoris coniuncta: ut non abs re mora eius culpae pars esse dicatur, quae perpetuet obligationem: nam hanc huius culpae partem esse & dict certum est *d. L. si servum, §. sequitur, L. cum filiusfam. infr. de ver. ob. L. is qui, infr. de obl. & act.* Idque esse interpretor, quod in *L. mora, infr. de usur.* dicitur † moram fieri non ex re, sed ex 4
persona. Est enim hic sensus, moram fieri non ex eo, quod res non solvitur, sed ex vitio personae: idest, si fit in persona differentis, quod illi possit imputari, cur differat praestationem. Ut in dilatione culpa sit ac proinde in debitore mora: ita fit, si interpellatus debitor, cum nulla iusta esset differendi caussa, non solvit.

Inter-

5 Interpellari † debitorem placet, quasi nulla sit culpa non dedisse ei, ad quem ea res non pertinet, ubi is non desideret. *L. mora, infr. de usur. L. si ex legati, infr. de ver ob. L. Titia* textores, *§ ult. infr. de legat.* 1. Quod tamen non est perpetuum: nam cum quid in diem debetur, ipso diei lapsu citra aliam interpellationem moram fieri convenit. *L. magnam, C. de con. & com. stip* Neque tamen caret hæc species interpellatione: satis enim hic debitor interpellatur iam ab initio, cum creditor ei denuntiat se eo die, qui dictus est, sibi solvi velle: hoc enim denuntiare & desiderare ut fiat, interpellare est Unde & hac parte etiam species ad superiorem regulam de interpellatione pertinet. Sed ideo hic obligatione contracta non esse necessariam interpellationem dicimus, quia nova non est necessaria: quo sensu rursum non male hæc obligatio a regula eximatur. In obligationibus quoque puris interdum non est necessaria interpellatio: quod in his receptum est, quæ sunt ex maleficio. Si quis quid furto sustulit, eripuit, aut quoquo modo mala fide occupatum detinet iniuria, is ex ipso tempore delicti non solum moram facere, sed etiam plus quam frustrator debitor, possessorve esse intelligitur. *L. in re, §. pen. L. ult. infr. de cond. fur. L. 1. §. rectissime, L. pen. infr. unde vi, L. ult, C. de con. ob. tur. caus.*

6 Neque tamen ob has species minus † verum est, quod generaliter definitur in *L. mora, infr. de usur.* moram fieri non ex re, idest, ex ipso tempore tardæ solutionis, ut interpretatur *L. in minorem, C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est*. Sed ex persona, idest, ut volumus, ex vitio & culpa personæ. Nam in eo qui in diem debuit, manifesta culpa est, si iam ab initio monitus, quo die solvere deberet, se ad eum diem non comparavit, nec fecit, quod promisit. In eo autem, qui ex maleficio, aut alias mala fide rem tenet, ea culpa est, cur non reddat, ut nulla in specie dilatio sit magis reprehendenda: cum eam rem sciat se invito domino retinere, seque eam ab initio ne contrectare quidem debuisse, *d. L. ult. infr. de cond. fur.* Dicitur tamen etiam hic mora in rem fieri in *L. ult. C de cond. ob tur. cau.* non quia non fiat ex persona maxime, ubi manifestissimum est delictum personæ in differenda restitutione; sed quia fiat ex re quoque hac ratione, quod fiat sine ulla omnino interpellatione: quod cum accidit, dicitur mora in re fieri. *d. L. in minorem, C. in quib. caus. in int. res.*

Si autem definitio *l. mora, de usur.* accipienda est: ut mora fieri intelligatur non ex re, idest, non ex re solum, ubi nulla in debitore culpa sit, quod rem non solvit; sed si ita non solvat, ut sit etiam vitium in persona, cur id non faciat; sive id ex ipso tardæ solutionis tempore contingat, ut fit interdum, sive non nisi ex interpellatione. Illud saltem fortasse huic speciei contrarium esse videbitur, quod in *d. L. mora*, ita scriptum est, moram fieri ex persona: & adiicitur, *idest, si interpellatus opportuno loco non solverit*. Et esset contrarium, si hoc pro generali definitione acciperemus, quasi ita dictum esset, moram ita fieri ex persona, si quis interpellatus non solverit. Sed hæc verba, *id est*, παραδειγματικῶς accipienda sunt, pro *veluti*, vel *ut puta:* ut sit sensus moram fieri ex persona, *ut puta, si interpellatus opportuno loco non solverit*, ut in L. iurisgentium, *§ pactorum, supr. de pact.* Ulpianus ait pacta quædam esse in personam, eaque esse, *quoties paciscor, ne a persona petam; idest, ne a Lucio Titio petam:* quod significat, *ut puta, seu veluti ne a Titio petam* Neque enim intelligit, tunc solum esse in personam, cum paciscor ne petam a Lucio Titio: cum liceat cuivis creditori pacisci ne a debitore suo petat, sive is erit Lucius Titius, sive alius: & cuiuscunque persona nominatim comprehensa sit, ne ab eo solum petatur, nihil interest, ut pactum sit personale. Sed hoc dicit generaliter esse in personam, cum paciscor, ne ab aliquo petam, veluti nominatim ne a Titio Quod si in *d. L. mora, de usur.* hæc verba, *idest*, eodem modo non accipimus, non tantum definitio in eo falsa erit, quod generaliter ad moram exigat interpellationem, quæ non semper est necessaria: sed etiam in eo, quod statuat omnem qui interpellatus opportuno loco non solvit, moram facere: cum multæ sint caussæ, cur qui ita interpellatus sit, moram non faciat: de quibus paulo post. Exempli gratia, si cætera recte se habeant, sed non sit debitor interpellatus opportuno tempore. *L. qui decem. infr de sol* Postremo quod interpellatio ad moram certis in caussis exigitur, aut in *d. l. mora, de usur.* aut in *d. L. si ex legati, de verb. obl.* aut alibi, ex iure communi dictum accipiendum est. † Cæterum & iure sin- 7
gulari fit interdum mora sine interpellatione, atque adeo non ullo modo ex persona seu vitio aliquo personæ, sed ex re, seu in re, aut in rem: tot enim modis eadem res exprimitur a iuris auctoribus.

d. L. mora, de usur. d. L. in minorum, C. in quib. cau. in int. re. nec non est. L. sed etsi, in fin. infr. de usur. Cum hoc significatur, ut dixi, quod explicatius dictum est in *d. L. in minorum*, moram fieri ex ipso tempore tardæ solutionis, id est, hoc ipso quod res a debitore non solvitur, quamvis a nullo sit interpellatus. Quod genus moræ singulari iure utilitatis caussa receptum est; alias favore creditoris, quod minoribus tributum est: *d. L. in minorum. L. 1 §. ult. infr. de usur.* alias favore rei debitæ, quod consultum est in fideicommissariis libertatibus. *L. cum vero, § apparet, infr. de fid. lib.* Nonnunquam æquitate rei ita cogente, quia necesse sit debitorem pro interpellato haberi, nisi velimus eius absentiam creditori ad interpellandum parato nocere: idque ius in omnibus caussis & personis creditorum receptum est. *d. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Atque hæc de interpellatione, quibus in caussis ea ad moram necessaria sit, in quibus non sit necessaria, Sed quibuscunque in caussis ea desiderabitur ad moram, aut aliquid erit, quod sit pro interpellatione, non continuo qui interpellatus est, vel habetur pro interpellato, is si non solvit, in culpa esse, eoque & moram facere intelligitur. Is moram non facit, qui interpellatus iustam caussam habet solutionis differendæ. *d. L. sciendum, infr. de usur.* quæ pars est, quæ præcipue a Pomponio hoc loco attingitur in illis verbis, *sed cum quæritur:* proponit enim quasdam caussas huius generis, sed non omnes.

8 Omnino iustæ † recusandi caussæ debitori quamvis interpellato sunt quatuor. Aut enim non sic debet, ut petitur; aut non intelligit se debere, neque id culpa eius accidit; aut rem in potestate sine ullo dolo suo non habet; aut sciens se dare oportere, & rem in potestate habens petit sibi spatium dari ad eas res adhibendas, quibus non adhibitis pecunia ab eo soluta non satis illi eo nomine cautum sit. Ex quibus secunda & tertia sunt huius loci: reliquæ aliunde accersendæ. Quod petitur ante diem, aut alio loco, quam quo ex conventione dari oportuit, iuste & sine mora recusatur: quia non hoc tempore, non hoc loco debetur *L. mora, infr. de usur. L. cum filiusfa. §. ult. infr. de verb. obl.* Qui summo iure debet, & aliqua exceptione tutus est, eadem de caussa interpellatus si non solvat, moram non facit, quia iure prætorio non
9 debet. ‡ Hoc est, quod regula iuris traditur, nullam moram ibi intelligi, ubi nulla petitio est. *L. nulla, infr. de reg. iur.* nulla petitio, idest, nulla actio, nullum ius iudicio petendi vel ipso iure, vel propter exceptionem, ut declarat *L. si pupillus, infr. de verb. obl. L. lecta, ver. dicebam, infr. eod.* Sed etsi quis vere debeat, tamen nulla culpa in recusante est, eoque nulla mora, si ideo non præstat quod petitur, quia iusta de caussa ignorat se debere, quod hic traditur. Idque ita est, sive ei ex conditione personæ suæ hæc ignorantia nascatur, ut quia sit heres, qui iustam ignorantiæ caussam habet: *L. qui in ius, infr. de reg. iur.* sive nascatur ei ex persona petentis, quem aut creditoris heredem, aut procuratorem esse ignorat. *L. si quis inficiatus, infr. depos.* Ubi sine interpellatione moram fieri receptum est, etiam adversus ignorantem debitorem mora fit: ut, si ad diem sub pœna pecunia promissa sit, etiam ante diem mortuo promissore pœna committitur, etiam si nullus sit heres, nedum si ignoret pecuniam promissam. *L. ad diem, infr. de verb. oblig.* Proinde quod hanc ignorantiam dicimus iustam esse caussam recusandi, ad eos qui interpellari debent, solum pertinet. Nihil ad rem pertinet aliquid deberi, & debitorem scire se id dare oportere, si cum interpellatur, non habet rem in potestate, quod hic scriptum est: neque enim quidquam imputari potest ei, qui etiam si velit, non possit rem præstare. Nisi tamen dolo fecerit, quominus rem in potestate haberet, ut ibidem adiicitur: nam hic ex regula iuris in eadem caussa eum possidente habetur. *L. parem, infr. de reg iur.* Scriptum quidem est in *L. continuus, §. illud, infr. de ver. obl* non esse inspiciendum in debitore, an is rei debitæ dandæ facultatem habeat, necne. Sed hoc tunc locum habet, cum quæritur, an propterea debitor non teneatur, cesseique interim obligatio. Recte dicitur non facere hoc impedimentum, ut liberetur debitor: at ne intelligatur in mora esse, facit: quod hic constituitur, & recte. Non enim si in debitore nulla culpa est, cur non solvat, ideo obligatione liberatur: quod contra fit in mora, quæ sine culpa nulla est. Sed & hæc pars ad eos, qui interpellari debent, pertinet. Nam si quis est, qui debeat in diem, nisi se ad eum diem comparat, ut dare possit, in culpa est, eoque & omnimodo moram facit. *d. L. ad diem, infr. de ver. ob. L. magnam, C. de con. & com. stip.* Idem in furibus & raptoribus, ac similibus possessoribus multo magis dicendum est. Quanquam hi si

rem

rem in potestate habere desinant, ad restituendum alia ratione tenentur: quia scilicet dolo fecerunt, quominus restituerent hoc ipso, quod rem abstulerunt, aut cum possent & deberent sine interpellatione, non restituerunt. Quod reliquum est, quantumvis debitor recte interpellatus sciat debitum a se peti, & quod petitur, in potestate habeat; tamen nihil culpa facit, si testes ad solutionem adhiberi velit: si adhiberi fideiussores, qui moneantur, ne postea solvant, & interim solutionem sine dolo malo differat. *d. L. sciendum, infr. de sol.* Ut enim creditori consuli æquum est, quo consequatur suum: ita debet pecunia soluta debitori cautum esse, ne iterum eo nomine conveniatur. His breviter de eo per quem fit, seu in quo culpa est quominus det, ut pro loco expositis, tedeo ad definitionem propositam. Est autem hæc: Sive interitus causam dederit debitor, sive post moram eius res debita perierit, ipsius detrimentum esse: detrimentum ideo, quia nihilominus perinde tenetur perpetuo, ac si res extaret, *L. nemo, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* Hoc loco oritur quæstio, etiamne hic teneatur debitor, quanvis natura sua & fato res perierit. De eo scripsimus ad *L. si ex legati, de ver. obl.* Quod si ante res periit, quam iis modis, quos dixi, per debitorem fieret, quominus daret: significatur hic, quod & in *d. L. si ex legati*, expressum est, tum plane debitorem liberari. Quod qua ratione constituatur, & quam verum sit, quasque ad res pertineat, quoniam illic ubi maxime dicendi locus est, scripsimus, ideo lectorem ad eius loci explicationem reiiciemus: unde & cætera ad totum hunc locum pertinentia peti poterunt.

Ad L. Certum est. *6.*

Paulus lib. 38. ad Edictum.

Certum est, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. Nam & Pædius lib. 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: quatenus mutua vice res funguntur, quæ tantundem præstent.

SUMMARIA.

1. *Genus, species, quantitas, quid.*
2. *Certum in genere, specie, quantitate, quid.*
3. *Quantitas & certa, & incerta res dicitur diversis rationibus.*
4. *Demonstratio vice nominis, & quando.*

PRoposita est edicto certi condictio sub conditione, *si certum petetur*, ut dicetur ad *L. certi infr.* Hinc certum quid sit, quæritur. Definitur hic esse id, *cuius species vel quantitas qualis, quantaque sit, ostenditur.* Non dixit Paulus, *cuius genus:* consulto, quia semper genus quod non est in quantitate, est incertum. *L. ubi in pr. infr. de verb. oblig.*

1 Sic autem iuris auctoribus hæc † distinguuntur. Species dicitur corpus certum & definitum, distinctum ab aliis numero: ut Stichus, Pamphilus, fundus Tusculanus. Genus, res quæ uno nomine res plures continet vel genere ipso, vel numero. differentes: ut animal, homo, equus, bos, fundus, ut indicant *L. in stipulationibus, infr. de ver. obl. L. plane, 1. §. sed si non, infr. de leg. 1. L. 2. in pr. supr. eod.* Quantitas & ipsa generis nomen est, sed quo significantur eæ res, quæ pondere, numero, mensurave constant. Quantitatem genus esse hic declaratur, cum a specie quantitas distinguitur. Et vero genus esse consequens est, si hoc verbo significantur eæ res, quas diximus: hæ enim ex mutuo debentur: in mutuo autem debetur genus, *L. 2. supr. eod.* Significari autem hoc verbo res pondere, numero, aut mensura constantes ex eo intelligimus, quod hic non distinguitur solum quantitas a specie, (quod si solum fieret, posset hoc nomine intelligi omne genus, id quod rei definitæ adversatur) sed ita distinguitur, ut significetur etiam hoc verbo res certa. Genus omne incertum. *L. ubi infr. de ver obl:* præterquam si sit res, quæ pondere, numero, mensurave constet. *L. stipula-*

pulationum quædam, *infr. de verb. oblig.* Pecuniam quidem numeratam quantitatem dici ſæpe legimus, ut *L. cum alter*, *infr. de comp. L.* 3. *§. plane*, *infr. de cont. & ut. ac. tut. L. Moſchis*, *§. ult. infr. de iur. fiſ.* nuſquam autem aperte, quod nunc occurrat, res cæteras, quæ conſtant pondere aut menſura. Sed ſi pecunia quantitas eſt, quia conſtat numero, id eſt, hac quantitate: etiam eas quæ quantitate ponderis aut menſuræ conſtant, quantitatem dici eiuſdem rationis eſt.

2 De certitudine iſtarum rerum ſic † habendum eſt. Genus, ut dixi, quod in quantitate non conſiſtat, ſemper incertum. *d. R. ubi.* propterea quod genere promiſſo licet debitori, quam velit ſpeciem ex eo genere ſolvere: *§. præterea*, *Inſtit. de action.* quam autem det, incertum: ac quamcunque dederit, ea ſic differt ab aliis eiuſdem generis, ut non differat tantum numero, ſed etiam æſtimatione & qualitate. Species certa eſt, ſed tunc, ut hic definitur, cum *qualis quantaque ſit*, *oſtenditur*. Quod tunc fit, cum aut oſtenditur ſpecies una aliqua certo loco comprehenſa, aut plures quidem certæ & ipſæ & diſtinctæ, ſed coniunctim. Quod ſi diſiunctim plures demonſtratæ ſint, res quæ in obligationem venit, eſt incerta: quoniam quæ potius præſtanda ſit, in incerto eſt propter electionem, quæ in hac diſiunctione debitori tribuitur. *L. ubi*, *§. qui illud*, *infr. de ver. obl. §. huic autem*, *Inſt. de act.* Sed & quantitas poteſt eſſe certa, ut eſt definitio huius loci; ſed eadem illa conditione nimirum, *ſi qualis quantaque ſit*, *oſtenditur*. Primum quantitate certi generis expreſſa, puta pecunia numerata, auro, vino, oſtendi oportet qualis ſit hæc quantitas, ideſt, quales res huius generis. Qualitas pecuniæ ſita eſt in nota & æſtimatione cuiuſque monetæ: hæc autem ex nomine cuique monetæ inditæ intelligitur. Cæterarum rerum ut frumenti, vini, olei, & ſimilium qualitas eſt earum rerum bonitas: hæc quoniam variatur regionibus, ac ſæpe in iiſdem locis aliæ res ſunt meliores aliis, ideo ſic earum bonitas certo oſtenditur, ſi demonſtretur regio, ubi hæ res naſcantur, & adiiciatur bonitas, quæ ſummum gradum in eo genere obtineat: ut quis ita exprimat, triticum Africum optimum; vinum Campanum optimum: nam qui vinum tantum dixerit, reliquerit rem incertam, quia bono melius eſt: hæc ex *L. ſtipulationum quædam*, *& L. ubi*, *ſeq. in pr. infr. de ver. ob.* Quæ tamen ſic accipienda ſunt: niſi bonitas iſtarum rerum non ita expreſſa, ad certæ ſpeciei bonitatem referatur: ut ſi quis diceret vinum eadem bonitate, qua eſt hoc in ſpecie, quod tibi demonſtro: quod fit in mutuo, ubi res reddi debet eadem bonitate, qua datum eſt. Id vero ad certitudinem bonitatis rei reddendæ ſatis: propterea quod res quæ mutuo data eſt, in ſpecie data eſt, quæ ſpecies certam bonitatem habuit, ut hic quodammodo videatur magis ſpeciei bonitas exprimi, quam generis: nos de bonitate generis, quæ non niſi ex genere æſtimetur, loquimur. Præter qualitatem quantitatis, etiam ad huius certitudinem adiici oportet, quanta ſit quantitas: ſic enim Paulus hic loquitur. In quo nihil aliud exigi intelligendum eſt, quam ut de numero, aut pondere, aut menſura iſtarum rerum exprimatur, quantum ſit in ſingulis: ut quis dicat, exempli gratia, aureos decem, tritici modios centum, vini Campani amphoras ſex, quæ ſunt exempla *d. L. ſtipulationum quædam*. Certa ergo quantitas eſt ex definitione huius loci, & *d. L. ſtipulationum* decem aurei, tritici Africi optimi modii centum, & ſimilia. Atqui huiuſmodi quantitas omnis quæ in obligationem venit, res incerta eſſe dicitur in *L. in ratione*, *§. verum*, *iuncto §. incertæ*, *infr. ad leg. Falc.* Sed & generaliter exprimitur: unde & in mutuo dicitur deberi genus. *L.* 2. *ſupr. eod.* Eſt autem in aliis rebus genus incertum, ut hoc promiſſo ſit etiam obligatio incerta, veluti ſi quis hominem promittat generaliter *L. ubi in pr. infr. de ver. ob.* Cur non ergo & decem aureis generaliter promiſſis idem dicamus?

Res ita habet. Quantitas omnis quamvis ita deſignata, ut ſupra diximus, ſi † 3 generaliter promittitur, ut decem aurei, & incerta res recte dicitur, & certa diverſis rationibus. Loco incerta eſt: quia decem aurei generaliter promiſſi nullo certo loco continentur: promittuntur enim omnes qui ubique ſunt, non hi qui ſunt debitoris, aut huius, vel illius. Ideo debitor etiam rebus omnibus amiſſis ære alieno non liberatur: *L. incendium*, *C. ſi cert. pet.* quia non poteſt dici ideo omnes eos periiſſe, qui promiſſi erant. At utilitate præſtationis & effectu, quem in petitione & ſolutione ſpectare debemus, decem aurei, omniſque quantitas ita deſignata, ut diximus, tam res certa eſt, quam ſi corpus certum decem aureorum eſſet promiſſum, & hoc ſolveretur. Etſi enim decem aureis generaliter promiſſis liberum eſt debitori eligere, quam ſpeciem det ex

eo

eo genere numero ab aliis distinctam: tamen quæcunque soluta erit, bonitate est eadem cum aliis omnibus: idem enim valet, & præstat tantumdem. *L.* 2. *§.* 1. *supr. eod.* Quod quoniam non accidit in cæteris rebus, quæ pondere, numero, aut mensura non constant, si hæ generaliter in obligationem deducantur, ideo in his genus plane est incertum. Finge hominem generaliter promissum: non solum incertum est, quem det promissor, cuius est electio, quem velit, dandi; sed etiam solutionis utilitas incerta: quemcunque enim dederit, non potest, quin non solum numero, sed etiam bonitate, aut constitutione vel animi vel corporis multum distet a cæteris.

Hæc quæ dixi ostendi debere, ut res certa sit, sic ostendi Paulus subiicit, ut nihil referat, quomodo † id fiat: utrumne nomen exprimendo, ut si promittatur Stichus; an rem digito indicando, ut si promittatur hic Stichus qui adest; an vero vocabulis quibusdam & quavis demonstratione, ut si promittatur servus tuus, sutor, equus tuus Hispanicus, cum unum Hispanicum haberes; fundum quem a Titio emisti: quæ demonstrationes vice nominis funguntur: hinc nominatim appellari dicta, quæ ita demonstrantur. *L. nominatim, infr. de leg.* 3. *L. nominatim, infr. de cond. & dem.* Ratio reddita in *§. si quidem in nomine, Inst. de leg.* Sed de certitudine & incertitudine rerum in obligationem deductarum, itemque obligationis omnis plura ut in loco, eaque in hoc genere cognitu necessaria scripsimus ad *d. L. stipulationum quædam, & seq. infr. de ver. ob.* unde cætera, si quæ in hac quæstione requirentur, sumi possunt. Tantum de certitudine hic diximus, quantum ad definitionem huius loci explicandam necesse esse videbatur. Illud notandum est, quod hic dicitur in extremo, nihil referre, utrum res proprio suo nomine appelletur, an ostendatur alia demonstratione, quia & hæc vice nominis fungatur, & tantundem præstet: tam recte dici, cum de re designanda & demonstranda agitur, ut fit hoc loco. Cæterum in onere & commodo personæ exprimendo, utrum fiat, interdum multum interest. Nam si heredes iussi sint aliquid dare, aut si aliquid legetur, inbeaturve præstari heredibus: refert, utrum sub appellatione propriorum nominum id fiat, an sub appellatione heredum. Si propriis nominibus appellati sunt, partes viriles, id est, æque singulis adscriptæ intelliguntur: si heredum verbo, intelliguntur partes hereditariæ. *L. si heredes*, 124. *infr. de legat.* 1. Eademque distinctio servatur, cum stipulatur quid servus communis dominis suis, quos vel nomine proprio, vel dominorum appellat. *L. si communis servus*. 37. *infr. de stip. ser.* Quæ distinctio in onere & commodo personarum hanc rationem habet, quod propria nomina numerum personarum designant; heredis, domini, & similia conditionem & ius personæ. Consentaneum est numero personarum expresso, pro numero item personarum rem dividi; iure autem expresso, etiam pro eo iure fieri divisionem.

Ad L. Omnia. 7.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

Omnia, quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, & ideo & conditiones.

SUMMARIUM.

1. *Diem & conditionem recte adiici mutui obligationi & quare.*

Dicitur mutuum re contrahi. *Instit. quib. mo. re con. ob. in pr.* Id eam significationem habere forsitan quis existimaverit, quasi non contrahatur consensu, aut quasi consensus & conventio in mutuo nihil valeat. Quod si admiserimus, dicendum erit neque diem, neque conditionem mutui obligationi adiici posse. Valent enim ista ex consensu solum & conventione.

Inde quæsitum, an hæc † mutuo inseri possint. De eo ne quis dubitet, hic traditur inseri posse, itidem scilicet ut possunt stipulationibus: de quibus est in *§. omnis, Inst. de ob.* Quo exemplo ad huius rei confirmationem recte Ulpianus utitur. Ut enim non contrahitur mutuum consensu, sic nec contrahitur stipulatio, sed verbis: quam ob caussam ab iis contractibus qui consensu perficiuntur, non minus 1

minus distinguitur, quam mutuum. *§. ult. Inst. de ob. Inst. de ver. ob. in pr.* Recipit tamen stipulatio diem & conditionem. Recipiet igitur & mutuum: quoniam utrumque pariter est contractus. Vera autem ratio, cur & stipulatio & mutuum diem ac conditionem recipiant, est hæc, quod ambo sunt contractus. *§. ult. Inst. de ob.* Sic enim fit, ut conlleut etiam consensu; *L. 1. §. 1. supr. de pac.* tantum abest, ut in his consensus sit inutilis. Consensu in his admisso, consequens est & in his admitti diem & conditionem; quoniam hæc adiecta servantur propter consensum. Nam quod dicitur mutuum re contrahi, non significat mutuum sola re contrahi sine consensu, sed non contrahi solo consensu: verum tunc cum ad consensum rei traditio accesserit, ut diximus ad *L. 2. supr.*

Ad L. Proinde. 8.

Pompon. lib. Sexto ex Plautio.

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut si conditio aliqua extiterit, tui fiant, sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinere, quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Iulia. ait, & traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, aut appositum.

S U M M A R I A.

1. *Mutui datio interdum pendet, atque eventu confirmatur, ac quibus in caussis id accidat.*
2. *Confirmati mutui conditio cum existit, ex quo tempore mutuum contrahi intelligatur.*

Hoc recepto conditiones mutuo inseri posse, quod *L. proxima* definitum est: recte hinc infertur, proinde &
1 mutui † dationem pendere posse: scilicet quia & conditionem possit accipere, qua fiat, ut quanvis pecunia mutuo tradita sit, non tamen statim contrahatur mutuum, sed ex post facto, & eventu confirmetur. Id ex exemplis hoc loco subiectis contingere intelligimus partim ex conditione aperte mutuo adiecta, partim ex iure eius qui pecuniam dedit: ex quo & mutuo iniicitur conditio, sed tacita. Ex conditione aperta, ut si dem, inquit Pomponius, idest, tradam tibi mutuos nummos, ut tui fiant, sisque mihi obligatus, si fundum Tusculanum emeris. Hic pendet mutuum ex eventu huius conditionis, quoniam & interim pendet dominii pecuniæ translatio. Nam ante contra quam consensum est, dominium non transfertur: *L. in omnibus rebus, infr. de obl. & act.* neque porro ante quam id transferatur, contrahitur mutuum, in quo de meo tuum fieri oportet. *L. 2. §. appellata supr. eod.* Postquam autem conditio extitit, hic demum dominio ex conventione translato simul & eadem conventione mutuum confirmatur. Ex iure dantis & tacita conditione pendet mutuum, cum an creditor dominus sit rei datæ, necne, pendet ex eventu: quod accidit in pecunia certa legata, quam heres mutuo dederit. Hæc enim conditio est rei legatæ, ut prius quam legatarius legatum repudiaverit, aut agnoverit, ignoretur, uter sit dominus, heresne, an legatarius: propterea quod si legatarius quandoque legatum agnoscat, videatur iam a principio ex die aditæ hereditatis legatum eius fuisse: sin repudiaverit, intelligatur contra iam a principio res fuisse heredis, nec unquam ab eo recessisse. *L. servum filii. 44. §. 1. L. si tibi homo, 86. §. cum servus, infr. de legat. 1. L. legatum. 80. infr. de legat. 2.* Finge ergo pecuniam legatam esse, ut hic proponitur (ubi certam legatam intelligere debemus, puta quæ sit in illa arca: non enim dici posset heres pecuniam legatam dedisse, nisi illud ipsum corpus legatum sit, quod datum est: quod fit, cum illud unum & certo est designatum) Si heres adita hereditate nondum tamen agnito aut repudiato legato eam pecuniam mutuo dederit: an interim mutuum sit, necne, statuere non possumus; sed rogati hæc solum respondere, pendere id ex legatarii voluntate velut tacita conditione: ut si lega-

legatum agnoscet, nullum omnino mutuum sit, ne ab initio quidem, quia dominium pecuniæ in accipientem translatum non fuerit: quod nisi fit, mutuum non contrahitur; sin autem repudiabit, contra eveniat, ut iam a principio pecunia credita fuisse intelligatur, quia conditio tacita extiterit, sub qua mutuum contractum fuerat.

In quo tamen quid hic Pomponius in-
2 teresse velit † in mutuo confirmando inter huius conditionis tacitæ eventum, & eventum expressæ, diligenter animadvertendum est. Nam legatario legatum repudiante, & conditione mutui hoc modo quasi exsistente, non inde primum mutuum confirmatur, sed retroversus ex die hereditatis aditæ: ad quod tempus traditiones ab herede factæ rediguntur, cum repudiatum est legatum, aut agnitum, ut hic in extremo scriptum est. Dissimiliter, atque cum mutuum sub conditione nominatim datum est: ex quo genere si conditio exsistat, contrahetur quidem mutuum, sed ita, ut eum ex eo solum tempore res accipientis esse incipiat, exinde quoque solum is qui accepit, sit obligatus, ut Pomponius in priore exemplo loquitur. Neque hæc inter se contraria sunt. Quæ enim conditio nominatim adiicitur, quam veram conditionem intelligimus, hæc in futurum concepta est, quæ ob id rem differt in id tempus, cum exsistet. §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.* Cum autem heres rem legatam dat mutuo, dat ille quidem tacite secundum verba sub hac conditione, si legatarius legatum repudiaverit, nam aliter non fit mutua; sed hæc conditio potestate iuris in hanc resolvitur, si heres iam tum sit dominus pecuniæ, cum pecuniam dabat: quandoquidem legatario postea repudiante semper heres retroversus dominus fuisse intelligitur. Porro certi iuris est conditiones in præsens tempus conceptas non differre obligationem, etiam si eventus apud nos sit incertus. *L. cum ad præsens, infr. eod. §. conditiones, Inst. de verb. obl.*

Cum repudiatum sit legatum, vel appositum] Hoc, appositum, nemo est vel mediocriter eruditus, qui non mendose scriptum esse intelligat, ubi aut agnitum dici debuit, aut acquisitum: neque enim dicimus legatum apponere, pro agnoscere vel acquirere. In lectione autem emendanda quid sequi debeamus, scriptura Pandectarum Florentinarum facile ac velut digito ostendit. In his enim scriptum legimus, agositum, quod declarat legendum fuisse acquisitum, quoniam orthographia alii verbo convenire non potuit. Quod & nondum editis Pan. Flo. Duareno visum est.

Ad L. Certi . 9.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

Certi condictio competit ex omni caussa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio. Cæterum si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

S U M M A R I A.

1. *Capita disputationis Ulpiani hoc loco.*
2. *Condictio certi qua ex caussa.*
3. *Caussa & obligatio cur sic coniuncta, & quomodo accipienda.*
4. *Certi condictio generalis est: specialis nulla.*
5. *Certum non significat mutuum in certi condictione, sed rem certam.*
6. *Ex caussa agendi propria non statim actionis proprium nomen & speciale.*
7. *Condictionis certi verbo dari hoc edicto novam actionem, quæ hoc nomine vocetur: non actionem in personam de re certa.*
8. *Condictionis certi proponendæ ratio.*
9. *Condictionis certi commoditas, & potestas.*
10. *Condictio certi propria actione, cum qua concurrit, sæpe m tior: nunquam autem gravior, plusve continet.*
11. *Condictione certi certum petitur, non incertum, eoque nec id quod interest.*
12. *Condictione certi res omnes certæ peti possunt.*
13. *Ad Condictionem certi sufficit rem certam esse, cum petitur, etsi ex contractu incerto.*
14. *Fructuum stipulatio exemplo est, quæ est ab initio incerta: ex ea tamen fructus nati petuntur certi condictione.*
15. *Fructuum stipulatio fit certa natis fructibus: ut diversis temporibus eadem recte dicatur incerta & certa*
16. L. 4. D. de usur. *explicata.*
17. *Incertus contractus hoc loco non is, qui nullo nomine appelletur.*
18. *Id quod interest incertum.*
19. *Condictio certi non nisi ex præsente obligatione, & cui bono id moneri.*
20. *Ante diem nulla actio nata ipso iure.*
21. *Incerti condictio nulla proposita edicto, quæ quidem sit certa actio, & quæ hoc nomine vocetur, Ut certi condictio.*
22. *Condictio certi cur edicto proposita: incerti nulla.*

INterpretans Ulpianus edictum prætoris de certi condictione, (est enim hic locus scriptus ad edictum, tractatio tota de certi condictione) explicat fusius, quod edicto de ea brevius comprehensum erat.
1 Tractatio in his † locis versatur: Primum enim docet, quando competat hæc condictio, seu quæ res huic condictioni locum faciant: tum de personis, quibus & adversus quos competat: tertio loco, quod initio definierat competere hanc condictionem ex omni caussa ex qua certum petitur, id propositis variis generibus caussarum maxime dubiis in universum verum esse confirmat. Primum *in principio*: Secundum in §. 1. Tertium in §. *quoniam*, & *deinceps*, quorum de unoquoque suis locis dicetur. Principio ergo, ut dixi, declarat, quando hæc condictio competat, idque ipsum complectitur definitione. Ea in summa nos docet, tria esse quæ coniuncta huic condictioni locum faciant; caussam agendi; rem quæ petitur; & petendi tempus. Caussam esse non certam aliquam, unam aut plures, sed generaliter omnem, ex qua quidem obligatio & petitio nascatur. Rem huius condictionis propriam esse rem certam, quæ tunc certa sit, cum petitur. Tempus petendi esse, cum dies obligationis venerit, non cum erit obligatio in di m aut sub conditione. Sed quid de his scribat, ordine diligentius considerandum est. Est enim prope in singulis, quod dubitetur, non solum quid de his definiat, sed etiam quam recte. Quæ dubitatio omnis sic recte explicabitur, si distincte unaquæque ad sua capita, unde oritur, referatur. Hæc explicatio per occasionem primi capitis etiam hoc afferet, ut quod vulgo hic quæsitum est, & omissum ab Ulpiano, commode & in loco intelligatur, quæ sit hæc actio, quotuplex sit, quem usum quamque vim & potestatem habeat, ut operæ pretium fuerit eam proponi.

De caussa ita scribit Ulpianus: *competit certi † condictio ex omni caussa, ex* 2
omni obligatione, ex qua certum petitur. Hæc verba, *ex omni caussa, ex omni obligatione*, vel ut in aliis exemplaribus legitur

gitur, *& ex omni obligatione*, quomodo accipimus? Si pro coniunctis, verum quidem erit condictionem hanc competere ex omni obligatione, ex qua certum petitur: at illud, competere eam ex omni caussa ex qua certum petitur, falsum est. Nam & in actione in rem certum petitur. *L. si in rem, sup. de rei vind.* & petitur ex caussa, nempe dominii. *L. actionum, inf. de ver. ob. & act.* Neque tamen ex hac caussa ulla condictio competit, toto enim genere distant actio in rem, & condictio, idest, actio in personam: & vero aperte traditum est neminem rem suam condicere posse praeterquam a fure §. 1. *&* §. *sic itaque, & seq. Inst. de act.* Rursum pro disiunctis accipere illa non licet, quasi dictum esset competere certi condictionem ex omni caussa, *vel* ex omni obligatione *ex qua certum petitur*. Oratio enim disiunctiva ex duobus disiunctim affirmatis plus uno non exigit, aut statnit. *L. si quis ita stipulatus*. 129. *infr. de ver. ob.* §. *pen. Inst. de her. inst.* Hic autem qui statuit condictionem competere ex omni caussa, quocunque modo verbum *caussae* acceperimus, idem alterum quoque necessario statuit competere eam ex omni obligatione, cum ex caussis quibusdam certis nascantur obligationes. Quomodo ergo, inquam, haec accipimus?

3 Res ostendit neque † pro coniunctis, neque pro disiunctis debere accipi, sed ita, ut verbis duae sint orationes, re sit una: quia ita sint duae, ut posterior aliud non exprimat, sed sit explicatio & temperamentum prioris. Ex omni caussa si solum dictum esset, erat generalius, & verendum erat, ne quis verbo deceptus ita interpretaretur, quasi ad rem nostram petendam etiam certi condictio competeret. Addidit ergo Ulpianus ex omni obligatione [illegible], ut sic locus accipi debeat, quasi ita scripsisset: condictionem certi competere ex omni caussa, *idest*, ex omni obligatione ex qua certum petitur; vel, ex omni caussa, hanc autem accipe, ex qua eadem fit obligatio, ex qua certum petitur, neque enim aliunde nascitur condictio, idest, actio in personam, quam ex obligatione. §. 1. *Inst. de act. L. actionum, infr. de ob. & act.* Sed hoc modo poterat Ulpianus obligationis verbo contentus esse, ut solum diceret condictionem certi competere ex omni obligatione, ex qua certum petitur: hoc enim si fecisset, satis expressisset etiam de caussa: quoniam non possit intelligi obligatio sine iusta aliqua caussa, ex qua illa oritur. §. 1. *Inst. de obl.* Cur ergo addidit *ex omni caussa*, quibus verbis definitio capere potuit? Si addidit non otiose, non alia ratio reddi potest, quam quod verbum *caussae* fuit in edicto quod interpretabatur: ut vel hinc coniectura sumi possit ita edictum fuisse, ut ad inscriptionem concepimus, *si certum petetur ex mutuo, aut si qua alia petendi caussa erit*. Quia ergo verbum *caussae* erat in edicto, consulto idem verbum retinuit: Primum quidem ne quid alienum videretur tradere a verbis edicti; sed multo magis ut edicti interpretationi serviens, quod erat in verbo *caussae* ambigui, interpretetur: quod fecit, cum addidit *ex omni obligatione*, ut intelligeremus quod dixi, condictionem certi competere quidem ex omni caussa, ut praetor loquitur; sed caussam hic accipi debere eam, ex qua obligatio nascitur: ex hac enim sola condictio competit. Neque ideo male concepit edictum praetor, qui generaliter hanc condictionem pollicitus est ex omni caussa, ex qua certum petitur. Ex actione enim quam pollicetur, non difficile fuit intelligere dicere eum caussam actioni convenientem. Porro condictio certi, de qua agit, est actio in personam: nec potest, ut dixi, in personam actio aliunde esse quam ex obligatione. Sed tamen haec sententia est praetoris, quae aliunde quam ex verbo caussae intelligitur: id quod non statim omnibus occurrit. Fuit interpretis, quod erat in eo obscurius, id interpretari. Summa haec sit: competere certi condictionem ex omni quidem caussa, sed ea ex qua actio in personam natura sua nasci potest: proinde ex omni caussa, ex qua obligatio, & inde petitio nascatur, ut initio de caussis definivi. Notandum, quod dicitur competere ex omni caussa & omni obligatione in universum. Hoc qui dicit, aperte nullam excipit. Proinde cum earum caussarum ex quibus obligatio nascitur, quatuor genera sint: contractus, quasi contractus, maleficia quasi maleficia: §. 1. *Inst. de obl.* dicendum est competere certi condictionem non ex contractibus tantum, sed etiam ex quasi contractibus, maleficiis, & quasi maleficiis, quod & verum est. De contractibus confirmatur in *L.* 4. §. 1. *supr. eod. L. in duobus*, §. *exceptio, infr. de iur.* De quasi contractibus confirmatur in caussa tutelae & negotiorum gestorum in *d. L. in duobus*. §. *exceptio:* in caussa legati. in §. 1. *hac ead. L.* De maleficiis in caussa furti, & damni dati ex lege Aquilia, in *d. L.* 4. §. 1. *& ult. supr. & hac L.* §. 1. Quod si ex maleficiis haec condictio competit, probandum est aeque eam & ex quasi

quasi maleficiis competere; veluti de damno dato ob id, quod ex ædibus tuis aliquid deiectum effusumve est.

Sed an de omni certi condictione superior
4 definitio † accipienda est, an vero, quædam est certi condictio specialis, quæ ex una tantum aliqua caussa competat, non etiam ex omnibus? Hoc nos cogit quærere error eorum, qui certi condictionem duplicem faciunt: unam generalem, quæ hic definitur; alteram specialem, quam dicunt competere ex mutuo, de qua *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* item ex stipulatione certa, de qua *Inst. de verb. obl. in pr.* Scripsit hoc Accursius ad inscriptionem huius tituli, & Bartolus ad hunc locum multis verbis defendere conatur. Etsi autem in agendi facultate parum refert, utrum certi condictio qua ad species aliquas utimur, generalis dicatur, an specialis, ut videri possit inanis esse hac de re longior disputatio; tamen quia hæc divisio ad reprehensionem huius loci pertinet, falsas interpretationes variis locis affingit, & rebus non necessariis implicat lectores, ideo mihi error negligendus non videtur. Aperte vero ista distinctio hunc locum oppugnat, vel potius verbis huius loci aperte refellitur. Etenim si est aliqua certi condictio specialis: aut falsa est Ulpiani definitio, aut stulta. Falsa, si nihil subaudimus, sed generaliter & absolute accipitur; cum speciales istæ quas dicunt, ex omni caussa non competant, ut vult definitio. Stulta, si aliquid supplemus, quo ea condictio, quæ hic definitur a specialibus istis distinguatur. Aut enim sic accipietur definitio, quasi dictum esset: certi condictio quædam competit ex omni caussa; aut quasi ita, certi condictio generalis competit ex omni caussa. Quandam condictionem si intelligimus, inepta est definitio, vel potius nulla, utpote æque incerta, ac si nihil dictum esset: quæremus enim amplius, quænam sit ista quædam: de quo prius quam constiterit, ne illud quidem constabit, an sit ulla quæ ex omni caussa competat. Generalem si adiicimus, iam fit plane definitio nugatoria, quæ idem per idem explicet. Quæ est enim condictio generalis, nisi quæ ex omni caussa generaliter competit? & quæ ex omni caussa competit, nisi generalis? Quorum ut nihil dici posset; tamen ad sententiam scriptoris & ad generalitatem orationis retinendam satis est dici, nihil istorum adiecisse Ulpianum: proinde nec adiicere voluisse, nec de his sensisse: quæ si ad rem ita pertinerent, ut essent necessaria, nunquam bonus & prudens scriptor in definitione seria, & ex professo instituta prætermisisset: certe sine summo vitio & certa reprehensione non faceret. Denique vetus est in legum interpretatione, & ab hoc ipso Ulpiano, atque ab aliis iuris auctoribus magno consensu usurpatum, quod generaliter & infinite in legibus & veterum libris scriptum est, generaliter item & sine distinctione esse accipiendum: utpote scriptum a prudentibus & intelligentibus, qui si quid adiiciendum esset, intelligerent, & quod faciendum esset, non omitterent. *L. metum autem, §. animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de public.*

Sed cur laboramus? neque enim prius concedendum est verbum *generalis* in definitione huius loci non dico subaudiendum esse, sed etiam admitti posse ad differentiam certi condictionis specialis, quam constiterit esse specialem aliquam, istam nimirum, quam dicunt esse ex mutuo aut ex stipulatione. At unde esse probant? Ex eo quod de mutuo scriptum est, *Inst. quib. mod. re contr. obl. in pr.* ex mutuo nasci certi condictionem, nec quidquam adiicitur amplius: & quod de stipulatione certa idem traditur. *Inst. de verb. obl. in pr.* Nempe ergo ita colligunt: competit ex his certi condictio; ergo specialis. Pessime. Certi enim condictio generis nomen est, seu commune, cuius species, si istis credimus, sunt duæ: generalis illa quæ competit ex omni caussa, & specialis. Convenit autem inter omnes, & natura ostendit ex genere non recte colligi & statui speciem. Utputa, non recte sic colligitur, animal est; ergo est homo, potest enim esse brutum: actio est; ergo est actio in personam, potest enim esse in rem: actio est in personam; ergo est actio ex empto; potest enim esse ex stipulatu. Sic nec recte colligitur hoc modo: ex mutuo competit actio, quæ vocatur certi condictio; ergo certi condictio specialis: potest enim esse illa generalis, quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Et certe ex mandato quoque & societate dicitur competere certi condictio, ut hoc loco, & diserte in *L. in duobus, L. exceptio, infr. de iur.* neque tamen ex eo colligitur illic competere ollam specialem: quinimo omnium consensu non alia condictio illic accipitur, quam generalis illa, quæ hic ex omni caussa competere, & cum aliis specialibus concurrere dicitur. Quare nec cum dicitur ex mutuo competere certi condictio, alia necessario accipi debet, quam ipsa generalis.

ralis, etiamsi maxime constaret ex aliis locis esse aliquam certi condictionem specialem. Nunc cum generalem hoc loco legamus, specialis autem certi condictio nusquam nominetur, aut ea quæ dicatur ex una tantum caussa competere: istam collectionem una cum re procul reiicere debemus. Cur ergo ex mutuo potius dicitur competere certi condictio, quam ex aliis caussis? Non ideo, quia hæc actio sit mutui propria, nec cum aliis caussis communis; sed quia hæc ipsa communis ea est, quæ ex mutuo sola nascatur, ut si qua actio ex mutuo fuit nominanda, necesse fuerit hanc solam nominatim appellari: cum ex mandato, societate, negotiorum gestorum, & similibus propriæ sint actiones ex ipso contractu nomen sortitæ. Quid, si etiam ex ipso nomine certi condictionis, quæ dicitur competere ex mutuo, potius colligitur unam eandemque esse condictionem, quæ competit ex mutuo, & quæ ex cæteris caussis omnibus, eoque & communem ac generalem, eam ipsam quæ hic definitur? Et vero nomen rem ita esse satis nos docet. Quo enim nomine appellatur quæ ex mutuo nascitur? certi condictio, ut diximus, nec quidquam adiicitur præterea. Quo nomine appellatur, quæ competit ex cæteris caussis? certi item condictio, ut hoc loco. An dubitamus igitur eandem esse condictionem, cuius in omnibus caussis idem nomen reperitur? Verba enim sunt rerum notæ: quæ si propria sunt, nec ambigua, non potest unum nomen aliud demonstrare, quam rem unam: ut diversa necesse est diversarum rerum esse significantia. *L. si idem, C. de eod.*

Sed Bartolus ait in certi condictione certi verbum esse ambiguum; hinc pro varietate caussarum aliam atque aliam condictionem significare. Nam cum ex cæteris caussis dicitur certi condictio competere, certum proprie accipi dicit pro re certa, quæcunque sit; atque hoc sensu intelligi condictionem certi generalem; cum autem dicitur competere ex mutuo, ait certum † significare mutuum, at-
5 que hinc esse certi condictionem specialem. Quod plane ita dicit, quasi iuris auctores imperitos aliquos aut barbaros homines nobis proponeret, qui ignorarint, quid significaret *certum* Latinis; aut quasi proponeret nobis malignos scriptores, qui cum facile & intelligenter possent dicere mutui condictionem, quam & intelligebant; tamen erroris obiiciendi caussa maluerint dicere condictionem certi pro mutuo; aut postremo, quasi ius ars esset quædam ludicra, aut veteratoria, quæ verbis ambiguis luderet, & imponeret legentibus, ut cum iisdem verbis actionem diversarum caussarum nuncuparet, tamen modo hanc, modo aliam intelligeret. Sed initio huius tituli satis docui neque Latini sermonis rationem, neque iuris auctoritatem pati, ut in certi condictione certum interpretemur aliud, quam rem certam. Quod si in certi condictione ex mutuo certum significat mutuum; in certi condictione ex stipulatione quid significabit? non mutuum, quia de mutuo illic non agitur, sed de stipulatione. Quid ergo? nempe rem certam, idem videlicet, quod in cæteris caussis. Et tamen Bartolus hoc loco cum Martino vult hanc condictionem esse specialem. Qui minus igitur & in certi condictione ex mutuo admittat certum accipi proprie, & significare rem certam, etsi eam condictionem specialem esse defendat? Veretur nimirum, ne in condictione certi ex mutuo admissa rei certæ significatione efficiatur eam condictionem esse generalem, non specialem & propriam mutui. Atqui illi rationi consequens fuit, ut certi condictionem, quæ est ex certa stipulatione, generalem esse diceret: propterea quod certum in ea condictione significare non possit mutuum; ex quo necesse sit, ut significet rem certam. Ipse tamen contempta sua ratione specialem facit. Ex quo apparet qualis ista sententia, eiusque sententiæ ratio habenda sit, in cuius reprehensionem ipse auctor imprudens incurrat. At enim, inquit, in condictione ex mutuo propria caussa agendi est hæc, quia mutuavi.

Ex caussa agendi propria & speciali propriam quoque & specialem actionem esse
debere colligit. Non † recte colligit. Nam 6
& cum pretium peto ex vendito, utorque in eo certi condictione, ideo peto, quia vendidi: erratque Bartolus, si putat hanc intentionem satis esse, ut dicam me ideo petere, quia certum est, quod peto. Isto enim modo non ostenderet actio speciem futuræ litis; quæ tamen in omni actione instituenda demonstrari debet. Ago igitur certi condictione de pretio hac de caussa, quia vendidi; neque ideo tamen hæc condictio alia est omnium consensu, quam generalis, idest, illa quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Quare nec si in mutuo hæc caussa repetendi est, quia mutuum dedi, eaque caussa huius contractus propria est: ideo certi condictio, quæ eo nomine competit, propria huius contractus & specialis actio iudicanda est. At actiones, inquit, medio con-

concludendi distinguuntur. Medium vocat caussam seu rationem, quæ redditur, quare nunc illud aut illud petatur. Itaque hoc sentit, ut caussa agendi erit, ita aliam atque aliam actionem futuram. Ut puta, alia est actio, qua peto decem, quia mutuavi; alia qua peto decem, quia fundum Tusculanum tibi vendidi; alia qua peto decem, quia ex societate, aut negotio meo a te gesto ad te pervenerunt. Respondeo: si actionis verbo intelligit Bartolus intentionem & litem, recte dicit: hæ enim revera prout agendi caussa erit, ita distinguuntur; sin intelligit nomen actionis: falsum est, ut primum caussa agendi diversa esse cœperit, continuo actionem variari: neque enim semper variatur actionis nomen. Ne longius abeamus, aliæ sunt caussæ agendi ex contractibus, aliæ ex quasi contractibus, aliæ ex maleficiis, & in singulis istis generibus variæ species occurrunt, quæ proprias & distinctas agendi caussas habent, ut ex singulis necesse sit aliam atque aliam intentionem & persecutionem esse. In omnibus tamen si certum condicitur, una actio competit certi condictio: generalis illa quidem, sic tamen, ut in omnibus unum idemque sit nomen actionis. Sed & in actione ex vendito, alia caussa petendi est, cum peto centum, quia fundum vendidi; alia cum peto decem, quia vendidi equum aut annulum. Una est tamen ex omnibus actio ex vendito. Ita fit in mutuo id, quod iam ante posui, non si propria huius petendi caussa est, idcirco & certi condictionem quæ eo nomine competit, eius propriam & specialem colligi debere: quod nihilo rectius facere possumus, quam si ex eo, quod ex caussa societatis, mandati, negotiorum gestorum certi condictio, datur, *d. L. in duobus, §. exceptio, infr. de iur.* colligamus certi condictionem quandam in societate specialem esse, quandam in mandato, quandam in negotiis gestis. Simpliciter enim in omnibus certi condictio dari dicitur, neque adiicitur generalis aut specialis. Una est igitur certi condictio generalis, ea, quæ hic definitur, quæ ut competit ex aliis caussis certis, sic ex mutuo, & ita ex mutuo, ut hic non sit alia condictio, quam ea, quæ datur ex aliis caussis omnibus: recteque Ulpianus, & vere hoc loco generaliter definit certi condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur. Quæ tamen definitio falsa est, si est aliqua certi condictio specialis, idest, quæ ex una tantum caussa, non ex omnibus competat. Non enim verbum generis & commune aliter accipi debet, quam ut omnes species complectatur. *L. si servitus, supr. de ser. urb. præd. L. Mævius, §. duorum, infr. de legat.* 1. Sed sive una est certi condictio, eadem, quæ & generalis, ut volumus, sive est specialis aliqua, sic tamen, ut sit aliqua etiam generalis, ac de generali hic agitur: ipsa hæc generalitas definitionis, qua infinite dicitur certi condictio competere ex omni caussa, vitiosam sententiam habere videtur: & incertum facere, utrumne hoc edicto, atque his verbis ulla constituatur actio; aut si constituitur, an sit utilis. Primum dicat aliquis his verbis nullam actionem dari, sive intelligamus prætorem polliceri actionem ex omni caussa, ex qua certum petitur, sive intelligamus Ulpianum dicere hanc actionem competere ex omni caussa, quod tamen ille nisi ex sententia edicti non fecit. Quid est enim certi condictio, nisi actio in personam, qua certum petitur? nam actio in personam usitate in iure condictio appellatur. *L. actionum, infr. de ob. & act. §. appellamus, Inst. de act.* Porro actionem in personam de certo dare ex omni caussa, ex qua certum petitur, idest, ex qua certum peti potest, sive ex qua actio est ad id certum petendum, nihil aliud est, quam nugari, & cum aliquam actionem videaris dare velle, tamen re nullam dare. Datur enim mihi actio de certo, si eam habeo. Atqui si aliquam prius habui, non intelligitur mihi dari, quam iam habeo: *§. sic itaque, Inst. de act.* si non habui, ne verbis quidem huius loci ulla mihi promittitur. Quin etiam nec commonefactio iuris nostri his verbis contineri ulla intelligitur: quod si fieret, defendi edictum & definitio posset, cum pleraque prætorum edicta fuerint monitoria, proposita tantum eo, ut scirent cives, quid iuris esset de re quaque, & se præmunirent. *L. 1. §. eodem tempore, supr. de or. iur.* At ne hoc quidem præstatur his verbis. Nam si scio me habere actionem, non requiro, ut admonear: si ignoro, eam ego ex his verbis non consequor, cum detur tantum mihi sub conditione, si habeam; utrum autem habeam, ignorem: ut nihil hinc habeam certius, quam si nihil illius omnino hic scriptum esset. Et hæc ita sunt omnino, si condictionem naturaliter hic accipimus, ut significet actionem in personam. Neque enim hoc sensu condictionis verbo aliam hic actionem dari intelligere possumus, quam eam quæ competit, & quidem hac conditione, si qua competit: quod totum est nugatorium.

Intel-

Intelligendum eſt igitur certi condictio-
7 nem † hic non naturaliter accipi, ut ſit ſuperioribus in locis, quibus de condictionis & vindicationis ſignificatione comprehenſum eſt, in quibus verbum rem ipſam ſignificat, ad quam ſignificandam primo eſt inventum: ſed πυκνῶς, & ſignificare non actionem in perſonam, ſed certæ actionis nomen, ſeu actionem quæ ita vocetur: quæ apud Romanos, quorum lingua res gerebatur, talis futura fuerit, ut qui hoc experiretur, uteretur hoc nomine, & diceret ſe condicere certum id, quod petebatur. Et ideo *Inſt. quib. mod. re contr. obl.* dicitur ex mutuo naſci non ſimpliciter certi condictio, ſed actio, quæ certi condictio appellatur. Inde hanc actionem, non condictionem ſolum certi, ſed, ut certæ actionis & ſpeciei nomen liceat agnoſcere (nam alioqui & aliæ actiones in perſonam omnes eodem modo appellarentur) condicticiam actionem, & actionem condictionis dici legimus: condicticiam actionem in *L. ſi quis certum, infr. eod. §. is quoque, Inſt. quib. mod. re contr. obl. L. qui ſe debere, infr. de cond. cau. da. L. 3. C. de don. quæ ſub mo.* actionem condictionis in *L. 2. C. de cond. ob. cau.* Itaque in verbo certi condictionis idem accidit, quod in actione ex empto, & actione ex ſtipulatu. Actio ex empto biſariam dicitur: interdum intelligitur hoc verbo actio ex emptione, ut emptum hic naturaliter emptionem ſignificet: interdum & frequentius ita actio ex emptione, ut ſit actio quæ proprio hoc nomine vocetur, & emptori tantum competat. Sic & actio ex ſtipulatu nonnunquam dicitur, quæ naſcitur ex ſtipulatione quæcunque ſit, ut hic ſtipulatus naturaliter ſignificet ſtipulationem. Ut plurimum autem ſignificat certum nomen actionis, eius nimirum quæ ex ſtipulatione incerta naſcitur, hoc nomine ei ab arte tributo: de qua varietate dixi ad *L. ſi quis certum, infr.* Idem fit & in verbo certi condictionis. Naturaliter loqui ſi volumus, & eo modo quo verbum hoc non nomen rei, ſed rem ipſam ſignificat, nihil prohibet certi condictionem dicere, ut intelligatur actio quævis in perſonam ad petendum id quod certum eſt, etſi ſit actio pro ſocio, mandati, locati, ex vendito, & ſimiles. At cum de certa actione agitur, quæ edicto datur, ut hoc loco, non niſi certæ actionis nomen, ſeu actio quæ hoc nomine appelletur, hoc verbo intelligenda eſt. Id nomen hanc actionem diſtinguit a cæteris, quæ propriæ ex quaque cauſſa competunt. Differentia ſpectatur non in re, ſed ſolum in formula actionis. Verbi gratia, pretium ex vendito quis petit. Hoc nomine propoſitam actionem habet venditor duplicem, ex vendito propriam ſolius emptionis, & hanc certi condictionem cum aliis etiam cauſſis certis omnibus communem. Ex utraque actione ſi rem ſpectamus, cauſſa agendi eadem, petitio quoque rei eadem. Si aget actione ex vendito, hoc dicet, ſe fundum Tuſculanum, exempli gratia, tot aureis vendidiſſe, hos ſe aureos petere. Si condicet, non petet aliud quam hoc ipſum pretium, ſed & cur petat, eandem illam cauſſam adiicere debebit, quia vendiderit. Hoc intereſſet olim inter utramque actionem, quod ex vendito quis agens huius actionis nomine & propria formula uteretur: condicturo autem legitima hæc & recta eſſet intentio, ſi omiſſo nomine actionis eius contractus propriæ diceret, adverſario ſe condicere certum id de quo agebatur, ſeu in eo petendo uti certi condictione, ſeu condictione ſi certum petetur, *hac L. certi, §. ult. L. rogaſti, §. ult. L. ſi inſtitorem, L. cum fundus, §. 1. infr. eod. L. 1. infr. de cond. trit.* Hæc vero nova eſt actio & intentio, diſtincta ab aliis. Ex quo eveniet, ut ſi forte ex ea cauſſa certum petatur, ex qua iure alia ſit & propria actio, incipiant poſt hoc edictum duæ eſſe eo nomine actiones ſpeciales & diſtinctæ: vetus, & hæc nova. Specialis, ſi cum aliis ſpecialibus actionibus conferatur, a quibus diverſam ſpeciem conſtituit: Generalis eadem, ſi referatur ad cauſſas ex quibus agitur, quia ad omnes generaliter pertineat, quarum utra libet liceat experiri; ſic tamen, ut altera per alteram conſumatur. Quod cum pene diſerte traditum ſit in *d. L. in duobus, §. exceptio, infr. de iur.* quin hic non ſimpliciter actio in perſonam de re certa, ſed certa actio, & ſi cum aliis conferatur, ſpecialis promittatur, dubitari non poteſt. Hoc ſenſu, eſt quod detur hoc edicto, & definitione huius loci: quodque non minus ſignificanter ipſis verbis dari intelligatur, etſi indefinite detur certi condictio ex omni cauſſa, omnique obligatione ex qua certum petitur, ſine ullius certæ cauſſæ expreſſione. Nam ſi ex aliqua cauſſa nulla obligatio eſt, intelligimus ex ea ne hanc quidem actionem prætorem polliceri. Si eſt obligatio, non dat eam quæ prius fuiſſet, ideſt, nihil, ſed hanc novam: ſolam quidem, ſi certa actio ante nulla fuit ex ea cauſſa, veluti ex mutuo; ſi autem fuit alia, hanc adiungit, ut quod ante dixi, concurrere iam incipiant in eam cauſſam duæ actiones.

Sed

Sed actione hoc loco ita constituta, quæ nova sit ac distincta ab aliis, quæque eadem intelligatur: tamen hæc dubitatio adhuc superest, an † sit actio ita proposita utilis. Licet etiam hic quærere, quod de actione fructuaria a prætore proposita quæsitum legimus in *L. si cuius*, *§. denique*, *supr. de usufr.* quod bonum fuerit hanc actionem prætorem polliceri ex omnibus caussis, ex quibus certum petitur, cum ex his competant magis aptæ, utpote suæ & propriæ cuiusque negotii actiones. Ex venditione, exempli gratia, est actio propria ex vendito, ex societate pro socio, ex mandato mandati, ex negotii administratione negotiorum gestorum: quibus propositis non solum recte agitur, sed etiam verbis rem de qua agitur proprie significantibus species futuræ litis optime demonstratur. Quid igitur in his opus fuit proponere aliam actionem, maxime eam quæ proprie rem gestam non declararet: & quæ tandem ratio fuit huius actionis ex omni caussa proponendæ? Dixi in explicatione huius tituli certas fuisse caussas, ex quibus quamvis obligationem iure nasci constaret, nullæ tamen essent certæ & vulgares actiones: huius generis fuisse mutuum & stipulationem. De contractibus igitur agens prætor, & in his in primis de mutuo, de eo hanc actionem proposuit. Hoc vero non modo utiliter, ut esset ex mutuo certa actio, sed etiam necessario: quia hac non proposita nulla esset ex eo certa actio & vulgaris. Idem fecit & postea prætor in stipulatione; sic tamen, ut quia uno edicto proponeret certi condictionem ex certa stipulatione, ex incerta autem actionem ex stipulatu: ideo alio & proprio edicto in ea re uteretur. Ita manifesta utilitas atque adeo necessitas certi condictioni proponendæ primum in mutuo locum dedit. Hinc occasione nata huius actionis introducendæ, quod videretur actio & ad alias caussas non inutilis, plus complexus est edicto prætor: & post commemorationem mutui, de quo præcipue cavebat, generaliter deinde de omnibus caussis edixit, ut quæcunque essent, ex quibus certum petitur, de omnibus certi condictionem polliceretur: morem in eo nimirum suum & perpetuum secutus, ut cum occasio utilitatis ex aliqua specie esset oblata, non de ea specie tantum, sed de toto genere ediceret, adiuvandi confirmandive iuris civilis gratia, quem morem testantur præcipue bonorum possessiones ab illo propositæ, & Iustinianus in §. 1. *Inst. de bon. poss.* item *L. ius autem*, *supr. de iust. & iur.*

Neque vero etiam in iis caussis, ex quibus propriæ sunt actiones, certi † condictionem constitui sua utilitate caruit, ne 9 quis hanc actionem in his ut inutilem repudiet. Utilitas duabus in rebus spectatur, commoditate agendi, & potestate atque effectu actionis. Commoditas in eo, quod pluribus actionibus propositis facilius ad ius nostrum pervenire possumus, dum licet eligere quamlibet, & quæ nobis videbitur aptior, hac lege ut una alteram consumat. *L. qui servum*, *§. 1. infr. de obl. & act. L. in duobus*, *§. exceptio*, *infr. de iur.* Potestas & effectus actionis hic est, quod condictio natura sua multis in rebus sæpe est mitior, quam propria actio quæ ex eodem genere competit. Hanc naturam condictio, dum ea agetur, retinebit. Propriæ actioni interdum infamia adiuncta est, quæ sequitur damnatum, ut si agatur mandati, aut tutelæ. *L. 1. supr. de his qui not. inf.* Eodem nomine si agatur condictione certi (quod licet ex hoc loco, dum certa pecunia petatur) damnatus reus infamis non erit ex natura omnium condictionum: quoniam cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis caussis pendeant. *L. cessat*, *infr. de obl. & act.* In bonæ fidei iudiciis si actione singulorum propria agatur, usuræ ex mora officio iudicis in condemnationem venient. *L. quæro*, *infra loc. L. mora*, *§. in bonæ*, *infr. de usur.* Condictione si agetur, usuræ non venient, sed sola debita quantitas repetitur. *L. 1. C. de cond. ind.* Interdum propria actio eiusmodi est, ex qua lis crescat adversus inficiantem. Non crescet, si eiusdem rei nomine condictione certi agatur. Ut puta, equi occisi æstimationem si dominus petat, agatque ex lege Aquilia adversus eum, qui occidit; si is ab initio negaverit se occidisse, dupli actio & condemnatio est. *L. inde*, *§. hæc actio*, *supr. ad leg. Aq.* Cum eodem si certi condictione agatur, ut licet hac *L. §. 1.* non erit condemnatio etiam adversus inficiantem, nisi in simplum, ut nec si alia actione eodem nomine agatur. *L. item veniunt*, *§. cum prædiximus*, *supr. de pet. her.* Hæc eo dicimus, quia hic actio constituitur, non quæ sit eadem cum priore, & cuiusque caussæ propria, sed diversa: non quæ subrogetur in prioris locum, sed quæ cum illa concurrat: sic tamen, ut singulæ suam naturam, quæ iure cuique tributa est, teneant. Condictio autem simplum quod debetur, tantum petit, & præstat, nihil amplius; nisi quod post iudicium acceptum venit & caussa. *L. cum fundus*,

supr.

infr. eod. Hinc dubitatio incidit, num ut certi condictio certum ſimplum ab initio petens nihil amplius conſequitur, eoque nec infamiam irrogat, nec inficiationis pœnam, quia in eo naturam ſuam retinet, nec aſſumit novam: ita conſentaneum ſit, ut naturam ubique eandem retinens, dum rei perſecutionem continebit, ſemper perpetua ſit, & in heredes detur, etſi actio eius negotii, de quo agitur, propria aliter ſe habeat. Sic enim traditum eſt, quæ actiones rei perſecutionem continent, eas & perpetuas eſſe, & dari in heredes. *L. in honorariis, infr. de obl. & act. L. ſi pro fure, §. ult. infr. de cond. fur.* Nec propria actio nos moverit. Condictionem enim certi ſpecialem eſſe & diſtinctam a cæteris iam diximus.

Et ne his rebus decepti plus tribuamus huic actioni, quam oportet, ad vim & poteſtatem huius actionis illud quoque per-
10 tinet † monere, ut certi condictio ſæpe propria actione eius cauſſæ de qua agitur mitior eſt; ita nunquam evenire, ut ſit gravior pluſve contineat: ſed ſi illa temporalis eſt, aut non detur in heredes, ita & hanc futuram: quod vulgo recte placuit. Sit mancipium, puta, in ea cauſſa, ut redhiberi poſſit: actio eo nomine intra ſex menſes utiles conſtituta eſt; quod ſi quanto minoris agatur, annus utilis eſt. *L. ſciendum. §. ult. infr. de æd. ed.* Sit actio ex maleficio pœnalis: hæc in heredes non datur, & ſæpe non ultra annum. *§. 1. & §. non autem, Inſt. de per. & temp. act.* Quoniam ex iiſdem cauſſis certi condictionem eſſe volumus, ubi certum petitur, dicemus & hanc ipſam eodem tempore finiri, & ſimiliter in heredes non tranſire. Ut hoc dicamus facit conſtitutio huius actionis, quæ propoſita eſt hoc loco iis verbis, ut longius procedere non poſſet, quam vetus & propria eiuſdem cauſſæ actio. Proponitur enim ex omni cauſſa ſed nominatim ex qua certum petitur, ideſt, iure petitur: proinde ex qua certum iure peti poteſt. Ne ſit igitur ex aliquo facto aut negotio poteſtas petendi, ut quia actio, ideſt, ius petendi tempore aut morte debitoris interciderit. Conſequens erit ex ipſis verbis ſeu edicti, ſeu huius loci huic condictioni locum non eſſe. Non refragatur huic ſententiæ condictionum natura, & regulæ iuris de actionibus rei perſecutoriis traditæ. Quod enim dicitur actiones eſſe perpetuas, quæ rei perſecutionem continent, hactenus verum eſt, niſi quod tempus lege aut edicto actioni ſit præſtitutum, intra quod experiri liceat. Ultra id actio non dabitur: quod in actione redhibitoria, & quanto minoris, de quibus dixi, ab Ædilibus factum eſſe, & ſervari videmus. Id vero & in hac condictione factum eſſe ex ſuperioribus verbis intelligere poſſumus. Quod de tempore certo præſtituto ſervando dixi, id & de eo accipiendum eſt, ſi cautum ſit lege aut edicto, ne actio daretur heredibus aut in heredes: ut in univerſum vere ita dicturi ſimus, ubi de actione rei perſecutionem continente nihil aliud aperte conſtitutum eſt, eam iuxta regulas iuris & perpetuo & in heredes dari, quia ſententia legis non repugnet. At ubi quid contra cautum eſt nominatim, hic nihil amplius quærendum eſſe, quam ut ſervetur, quod lex voluit, cuius in poteſtate fuit modum beneficio ſuo præſtituere. Hæc de cauſſis huius actionis, & maxime quam recte ea detur, dicaturve competere non certo, ſed indefinite ex omni cauſſa, ex qua certum petitur. Quod quoniam aliter explicari non potuit, quam conditione actionis & utilitate cognita: idcirco hic quod neceſſe fuit, quotuplex eſſet hæc actio, quid hic verbo condictionis intelligeretur, quæ fuerit cauſſa eius proponendæ, quemque uſum actio haberet, oſtendi. Sequitur, de re huius condictionis propria quid Ulpianus ſcribat, videamus. Ait competere hanc actionem ex omni quidem cauſſa, ſed ex qua certum petitur: quod valet ex omni cauſſa ſub conditione, ſi ex ea certum petatur. Hac adiectione tria complectitur, quibus huius rei deſcriptio continetur. Nam primum eum certi conditionem adiicit, oſtendit rem certam eſſe oportere, quæ hic petatur. Cum autem certum generaliter nominat, nec exprimit quod certum, oſtendit ſecundo loco, dum res certa ſit, quæ petitur, omnem hac actione recte peti. Poſtremo cum rei certæ coniungit eius rei petitionem, ut dicat non ex qua certum eſt, ſed ex qua certum petitur: declarat, etſi forte ab initio res incerta debita fuerit, dum tamen certa petatur, ideſt, dum ſit certa, cum petitur, ad actionem ſufficere. Ita in ſumma res huius actionis propria eſt res certa, & ea omnis: nec amplius de ea exigimus, quam ut ſit certa, cum petitur. In primis certum, ut apparet, hæc condictio exigit.

Competit, inquit Ulpianus, *ex omni cauſſa, ex qua † certum petitur*. Hoc 11
ipſum aperte & nomen indicat. Dicitur enim certi condictio non ob aliam cauſſam, quam quod certum non incertum condicit. Hinc tractatum in interpretatione huius edicti, quid ſit certum: de

quo in *L. certum, supr.* ut hoc iam plus quam constet, hac condictione quod incertum sit, peti non posse. Proinde nec potest id quod interest, res pronuntiatione plane incerta: de quo tamen quia in hac definitione quidam paulo post litem movent, cum eo ventum erit, ibi de eo nonnihil amplius a me attingetur. Quid ergo fiet, si quid incertum petetur? an nulla hic est condictio communis, ut de rebus certis; an vero ut de certis certi, ita de incertis incerti condictio est? Non puto. Sed cum sit hic locus de alia specie, videtur tunc commode attingi posse, cum definitionem Ulpiani de certi condictione propositam exposuero. Certum ergo esse oportet, ut competat hæc condictio. Sed ut hoc exigimus; ita dum petetur certum, quodcunque id erit, ad condictionem sufficit. *Competit*, inquit, *ex omni caussa, ex qua certum petitur*. Non adiicit quod certum, & cuius generis. Proinde quæcunque res erit certa, quæ petitur, hanc accipiemus, ut in omni oratione generali fieri debere præcipitur notis locis. *L. metum autem, §. animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publ.* Sive ergo res erit mobilis, sive soli; & sive sit species, ut Stichus sive pecunia numerata, aut alia res pondere, mensurave constans, recte hac condictione ad eam petendam utemur. Cui rei manifesto argumento est & ipsum nomen: non enim dicitur pecuniæ numeratæ, aut alterius speciei certæ condictio, sed condictio certi sub appellatione generis, ut intelligamus & hoc generis nomen esse ad omnem rem certam pertinens. Nec metuemus, ne dum hoc dicimus, contrarium sit quod idem Ulpianus scribit in *L. 1. infr. de cond. trit.* eum *qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti, si certum petetur*, idest, uno verbo, certi condictione: *alias autem res per triticiariam petere*. Neque enim his verbis sic alias res tribuit condictioni triticiariæ, ut tribuat soli, non etiam certi condictioni; sed ut tribuat solas, pecuniam numeratam excipiat. Nec quia per adversativam dicit, de aliis rebus Triticiariam competere: iden de his negar competere certi condictionem, tametsi prius hanc pecuniæ numeratæ tribuerat. Dum enim prius dicit de pecunia numerata condictione certi agi, magis vi ipsa negat de ea agi posse condictione Triticiaria: id quid postea per adversativam recte dicit diversum esse in aliis rebus. Sed de eius loci sententia opportunius illic dicetur: ex quo etiam intelligetur, quodnam sit inter has actiones discrimen.

12 Ut autem † dum certum petatur, nihil refert ad certi condictionem, quæ res petatur, sed omnis hac condictione peti potest: ita dum certa sit eo tempore, quo petitur nihil ad rem pertinet, fueritne certa in contractum deducta, an incerta. Idque est, quod Ulpianus cum dixisset hanc condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur: adiicit, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Certus contractus ab initio is est, in quem res natura & pronuntiatione certa deducitur, ut fundus Tusculanus, aurei decem. *L. stipulationum quædam. iuncta L. ubi seq. in pr. infr. de verb. obl.* Incertus ex quo certum petatur, est is, in quem ab initio deducitur res incerta, sed quæ tempore prius quam peti possit, certa sit, ut si postea petatur, non possit peti nisi certa. Ex certo contractu si certum petatur, non mirum, si in hanc rem certi condictionem competere dicimus. Concurrunt enim omnia ad certi condictionem: ipsius rei petitæ certitudo, & certitudo contractus, id est, eius caussæ, ex qua condictio nascitur. Sed potuit dubitari, an idem dicendum sit, ubi contractus ab initio est incertus, etsi maxime ex eo petatur certum: quasi caussa incerta certam actionem dare non possit. Ait ergo Ulpianus æque † hanc condictionem ex incerto contractu competere, dum certum sit, quod petitur: 13 significans si ab initio incertum deductum sit in contractum, post autem tempore res promissa certa facta sit, quæraturque de certi condictione: non initium contractus, sed tempus petitionis in hac re esse spectandum, ut quia certum petitur, etiam certi condictio locum habeat. Quod ex verbis edicti sumptum est. Non enim datur hæc condictio ex omni caussa certa, sed ex omni *ex qua certum petitur*, quæ verba non obscure ad petitionem rei, non ad contractus initium referuntur, & quandocunque atque undecunque certum petatur, hanc condictionem tribuunt: ut consequens sit, etsi petatur ex incerto contractu, condictioni locum esse. Meritoque id ita placuit: non enim debet obesse prior incertitudo contractus, quæ tempore iam sublata est.

14 Sed quæritur exemplum † contractus incerti, idest, eius in quem incertum deductum sit, ex quo tamen petatur certum ita, ut sit etiam ex eo certi condictio. Bene Iacobus Aretinus vetus interpres, cuius sententiam Bartolus hic refert, & pro-

probat, exemplum protulit in stipulatione fructuum, & eorum quæ ex re aliqua certa & designata postea nascentur: quo eodem in hac re usi sunt Eguinarius Baro ad *tit. Inst. de verb. obl. in pr.* & Franc. Duarenus ad *L. ubi*, *§. illud*, *infr. de ver. obl.* Si quis id quod ex Arethusa ancilla natum erit; aut fructus qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit: stipulationem, ut incertæ rei, ita & a principio incertam esse constat: idque ita diserte scriptum est in *d. L. ubi*, *§. illud*, Sed ita est incerta, ut tamen ex ea petatur certum, & quidem ita ut ex ea aliud quam certum peti non possit. Nam antequam quid natum sit, nulla actio est, cum habeat stipulatio hanc conditionem, si fructus nascantur. *L. 1. §. ult. infr. de con. & dem.* Natis fructibus, de his ipsis actio nascitur: sed & hi natura certi sunt, ut dicendum sit, dum hi petentur, certum peti: & quia soli qui nati sunt, petuntur, ideo & solum quod certum sit, peti ex hac stipulatione. Hoc ergo illud est, quod intelligimus sentire Ulpianum, etsi stipulatio fructuum proponatur, quæ a principio incerta est; fructus tamen postea natos certi condictione ex ea stipulatione peti posse, & debere; quia in his petendis certum petatur, etsi ex incerto contractu, prætor autem hoc solum spectet, an certum petatur. Conveniunt ita hæc omnia verbis Ulpiani, & edicti, ut etiam his ipsis verbis omnino efficiantur. Sed laborat sententia ab aliis locis: quam ob caussam & interpretatio in dubium revocatur: de quo amplius considerandum est. Verendum vero, si certum incertumve contractum ex re in contractum deducta hic accipimus, ne sententia superior non modo definitione Iustiniani contraria, sed etiam eodem isto exemplo stipulationis fructuum maxime refellatur. Iustinianus agens de actionibus, quæ ex stipulatione competunt, *Inst. de ver. obl. in pr.* duas actiones tradit ex stipulatione proficisci, certi condictionem, & actionem ex stipulatu: hanc quidem ex stipulatione incerta; condictionem autem certi nominatim hac conditione, si certa sit stipulatio. In quo sub una specie aperte ad certi condictionem, ut ex certo contractu agatur, exigit. Quod ad stipulationem fructuum attinet, quo exemplo supra usi sumus, de ea non uno in loco in scriptum videtur: quasi huic non alia actio, quam incerti ex stipulatu competat. Primum in *d. L. ubi*, *§. illud*, instituta ex professo de certis & incertis stipulationibus disputatione, Ulpianus ipse, qui & huius loci auctor est, nominatim stipulationem fructuum & similium rerum inter incertas numerat. Quorsum? nisi ut ex eo de genere actionis statuamus, intelligamusque ut ex certa stipulatione certi condictio est; sic ex ista quam incertam dicit, competere actionem ex stipulatu iuxta distinctionem de his actionibus a Iustiniano traditam in *d. tit. de ver. obl. in pr.* Tum autem in *L. 4. infr. de usur.* diserte scriptum est, ex hac stipulatione rem dari, vacuamque possessionem tradi, stipulatorem fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum: quasi hæc actio una ad fructus omnes in contractum deductos petendos pertineat. Et fuerunt olim, qui moti, ut credibile est, his obiectionibus, a superiore interpretatione consulto refugerunt, & contractum certum hic sunt interpretati eum, qui certum nomen habet; incertum eum, qui nullo nomine appellatur: ut cum do ut des, facio, ut des, nec contractus in aliud nomen transit: ex quibus etiam certi condictionem esse voluerunt, & de his Ulpianum sentire. Quam sententiam commemorat Accursius ad verbum, *certo*, & in hac Petrum fuisse Bartolus hoc loco refert. Nec desunt nostra ætate, qui eodem modo interpretentur. Quid ergo, si & ipsi sequamur idem, & eodem isto modo nos illis obiectionibus levi opera liberemus? Et esset commodum, si liceret. Sed duo prohibent. Primum, quod ea sententia quam posuimus, si verbis convenit, non minus & ipsa per se vera est, nec superiores loci adversantur. Deinde quod si res haberet aliquid dubitationis; tamen quidvis ferendum sit potius, quam recipiendum, ex contractu, cuius nullum sit nomen, quicunque is sit, certi condictionem competere. De sententia ipsa statuatur id, quod supra dixi: Si certi condictio competit ex omni caussa, ex qua certum petitur; consequens esse, si quid petatur certum, idest, eiusmodi, quod certum sit, cum petitur, huic condictioni locum esse, ut petitionis tempus solum spectare debeamus, non initium contractus. Nec nos moverint, quæ contra attulimus: aut enim superiorem sententiam confirmant, aut certe non lædunt. Iustinianus scribit non competere certi condictionem ex stipulatione, nisi & stipulatio certa sit. Hoc nihil verius. At hoc ipsum dicit, qui ex stipulatione fructuum, quæ initio incerta est, dicit competere certi condictionem de natis fructibus. Quippe his natis eodem tempore evenit, ut & peti possit certum, & simul certa fiat stipulatio: quinimo ita est conditio hu-

huius stipulationis, ut non possit hinc nasci actio nisi ex certa stipulatione ne ab initio quidem: ut dicendum sit hoc exemplo maxime sententiam Iustiniani confirmari, vel si malumus, Iustiniani definitionem sententiam superiorem de certi condictione in hoc exemplo confirmare. Utrumque enim tempus spectemus, & cum fructus nati non sunt, & cum sunt nati. Id ita esse, ut dixi, reperiemus. Et fructibus quidem nondum natis, stipulationem iam ab initio incertam esse verum est; sed non ideo interim ex stipulatione incerta actionem nasci dixeris: si quidem per id tempus nulla omnino actio ex ea stipulatione nascitur. Hæc enim stipulatio; *fructus qui ex illo fundo nascentur, dabis*, verbis pura est, re conditionalis: habet enim hanc conditionem, si fructus nascentur. *L.* 1. *§. ult. infr. de con. & dem.* Conditione pendente non modo nulla nascitur actio, sed ne obligatio quidem *L. cedere, infr. de ver. sig.* Natis vero fructibus, ut tunc primum conditio stipulationis exsistit, ita primum & fructus debentur, & primum peti posse incipiunt. At ex qua stipulatione? nempe certa, non incerta: ut consequens sit, quod dixi, non nisi ex certa stipulatione hinc nasci actionem. At quomodo actionem dicamus nasci ex certa stipulatione, quam ab initio incertam esse concedimus? Quia ut res sunt, quæ stipulatione continentur, ita est & stipulatio: certa nimirum, aut incerta, dividua aut individua. *L. ubi, in pr. L. stipulationes non dividuntur, infr. de ver. obl.* Fructibus non natis, nihil dum hic certum est: quia tum ignoratur, an quidquam nascatur, & quod nascetur, quale futurum sit, aut quantum. Iden per id tempus stipulatio iam a principio est incerta. *d. L. ubi, §. illud, de verb. obl.* At nati non minus certi esse incipiunt, quam est ipse fundus, unde nascuntur: certa enim corpora sunt, nec minus certo loco definita. Quapropter his natis ut res stipulatione comprehensa certa facta est, ita & propter rem incipiet certa esse stipulatio, quæ prius incerta fuerat. Nec quia ab initio stipulatio fuit incerta, ideo dixerimus etiam fructibus natis talem quoque perpetuo debere existimari: potius enim in contrarium colligi debuit hoc modo: Prius incerta dicebatur, quia nondum natis fructibus incertum stipulatio continebat: proinde his natis, idest, commutata ratione, necesse est stipulationem certam fieri, quæ rem certam cœpit continere, ut contrariarum caussarum contraria sint effecta. Nec quisquam miretur, si eandem stipulationem modo incertam, modo certam esse dicimus: cum videat rem quæ in stipulationem deducta est, & unde certitudo est aut incertitudo stipulationis, modo incertam esse, modo tempore certam fieri. Et quid mirum circa certitudinem stipulationis hæc dici, cum constet pro vario tempore conditionis stipulationem quoque variari, & novam formam induere? nam pendente conditione stipulatio est conditionalis, ex qua nihil debetur: conditione autem impleta, incipit stipulatio esse pura, quæ obligationem & actionem parit. Effectum est igitur in stipulatione fructuum & similium rerum ita competere certi condictionem de eo quod certum petitur, idest, de natis fructibus iuxta Ulpiani definitionem, ut simul eveniat quod in hac actione Iustinianus exigit, ut nimirum certi condictio non sit solum de re certa, sed etiam nascatur ex certa stipulatione, & quidem ita, ut hic aliunde quam ex certa nasci non possit.

Sed si hoc ita est, videamus, dixerit aliquis, ne pugnantia loquamur, nosque ipsos refellamus. Prius enim stipulationem fructuum protulimus, ut esset in ea exemplum, in quo fructibus natis certum peteretur ex contractu incerto, ut exemplum definitioni Ulpiani congrueret: quo significamus incertum hic contractum esse, ex quo certum petitur. Nunc velut obliti eius quod propositum est, dicimus fructibus natis certam fieri stipulationem, atque hinc nasci certi condictionem ex contractu certo, quæ sunt contraria. Quod si ante non intelligimus in stipulatione fructuum natis fructibus certum peti ex contractu incerto, sed, ut modo dixi, ex certo: inepte exemplum huc accommodamus, quod tantum abest, ut conveniat huic loco, ut maxime ei adversetur. Ita fit, ut interpretatio una cum suo exemplo repudianda sit, in qua ipsi aut nobiscum, aut certe cum Ulpiano pugnemus. Nos vero neque hic pugnantia loquimur, & Ulpiani verbis atque sententiæ maxime consentanea dicimus. † Stipulationem fructuum 15
postquam fructus nati sunt, certam esse volumus. Et est re vera, ut ostendi: quo fit, ut recte hic dicatur actio esse ex contractu certo: proinde & hinc competere certi condictio: quod Iustiniani definitioni convenit. Sed nihilominus & post fructus natos ipsam hanc stipulationem Ulpianus incertum contractum vocat: quod non est superioribus contrarium. Vocat enim ita non ex re & statu præsente, quo inspecto non potest stipulatio non esse certa, quæ rem certam continet; sed ἀναφορικῶς more

re

re loquendi auctoribus nostris familiari, habita nimirum ratione eius non quod nunc est, sed quod fuit antea. Fuit enim ab initio stipulatio incerta, eoque incertus contractus. Conditione postea mutata, tamen retinetur prior appellatio, vocaturque & nunc contractus incertus, qui talis fuit initio, ut intelligatur euiusmodi contractum Ulpianus significet. Sic dicimus tutorem finita tutela teneri tutelæ, & contrariam actionem habere. *L. 1. infr. de tut. & rat. dist. L. 1. §. finito, infr. de con. tut. act.* cum tamen finita tutela tutor amplius non sit. Item dominum post mortem aut manumissionem servi teneri intra annum de peculio. *L. 1. infr. quan. de pec. ac. an. est.* cum morte vel manumissione peculium esse desinat. *L. ult. infr. quan. de pec.* Utrumque tamen recte & ex usu loquendi: quia & illic tutorem dicimus, qui ante fuit; & peculium, quod ante fuit peculium: utrumque quo magis designetur persona & res, de qua agitur: ut dicitur insula, ager qui prius erat insula, in *L. insula, in fi. infr. de acq. rer. dom.* Similiter & hoc loco eum contractum, ex quo certum petitur, vocat Ulpianus incertum, non quia nunc sit talis, sed quia ante fuit incertus, & ab initio. Id eum sentire cum ex re ipsa, tum ex antithesi qua utitur, & ex eius instituto apparet. Ex re: quia ita est conditio cuiusque contractus, ut non possit ex eo certum peti, nisi & ipse sit certus. Neque enim certum ex contractu peti potest, nisi certum contineatur contractu: nec potest certum contractu contineri, quin & contractus ex re quam continet, sit certus. Antithesis qua utitur, hæc est: opponit certi petitionem contractui incerto: certi autem petitionem intelligit, non certi nominis, sed certæ rei petitionem, seu petitionem, in quam res certa deducitur. Ergo & contractum incertum, non qui nomine incertus sit, sed quem res incerta in eum deducta certum fecerit. Institutum eius patet: propositum enim ei est docere, satis esse ad certi condictionem, si certum petatur. Quo significat etsi aliud tempus fuerit, cum certum ex contractu peti non posset; tamen si tunc eum petitur, certum petetur, condictionem competere. At non fuit aliud tempus, cum certum peti non posset ex eodem contractu, nisi cum ab initio incertus fuit re incerta in eum deducta, ac deinde res eventum certa facta est. Quare & hoc ipsum vult intelligi, quamvis certum petatur, ex eiusmodi aliquo contractu incerto, idest, eo qui ante & ab initio fuit incertus, tamen initium contractus non obstare certi condictioni: quia semper verum sit certum peti, quod solum prætor exigit. Quod si illud accedit, ut re certa facta simul condictio nascatur ex contractu qui nunc re vera certus sit, quod & ipsum eodem tempore evenire docui: conficitur, quod volumus, ut quemadmodum recte dicitur, & ex huius loci sententia ex eo genere certi condictionem dari ad certum petendum: ita & maxime idem confirmetur illo ipso loco, quo Iustinianus ad certi condictionem exigit, ut agatur ex certo contractu: postquam & hoc ipsum in hac petitione accidit, ut certum petatur ex contractu vere certo. Non offendit igitur aut hunc locum, aut superiorem interpretationem locus iste Iustiniani, qui potius sententiam illam statuit. Multo vero minus ad eam infirmandam facit, quod in *L. ubi, §. illud, infr. de ver. ob.* cum fructus qui nascentur ex fundo, deducuntur in stipulationem, dicitur stipulatio esse incerta. Non enim simpliciter dicitur incerta esse, sed quatenus fructus continet, qui postea nascentur. Tolle caussam: effectum removeris. Imo, quidam aiunt ad eum locum: Quibus exemplis incertarum stipulationum Ulpianus in *d. L. ubi*, utitur, ea ponit non alio fine, quam ut ex eis omnibus intelligatur incerti actionem esse. At unde sumptum hoc sibi concedi volunt? neque enim in tota illa disputatione Ulpiani de certi condictione aut actione ex stipulatu ullum verbum. Sed erit scilicet inutile stipulationem fructuum dici incertam, nisi ex ea nascatur incerti actio. Non ita est. Nam primum prodest exemplum ad definitionem incertæ stipulationis ab Ulpiano propositam explicandam: definierat enim initio incertam stipulationem esse, cum *non apparet in ea quid, quale, quantumve sit*. Id cuiusmodi sit, declaratur ea stipulatione, qua fructus qui ex illo fundo nascentur, stipulamur. Deinde conducet species eo, ut si quæratur incertus contractus, ex quo certum petatur: quod genus contractus hic commemorat idem Ulpianus, & ex quo vult non minus competere certi condictionem, sciamus esse paratum exemplum in hac fructuum stipulatione, quæ est eiusmodi, ut nunquam ex ea fructus peti possint, nisi nati, ac proinde certi: & tamen ipsa ab initio, & quamdiu pendet, an fructus nascantur, sit incerta.

Quod attinet † ad *L. 4. infr. de usur.* 16
quem locum postremum supra obiiciebamus, nescio quid moverit eos, qui putant illo loco probari, in stipulatione fructuum

ctuum qui nascentur, fructus postea natos actione incerti ex stipulatu peti posse. Scilicet illic ita scriptum est. *Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum te ratio suadet.* Atqui hic non agitur de stipulatione fructuum, sed de stipulatione, in quam fundi ipsius datio, & vacuæ possessionis traditio deducta est: inter quas stipulationes diei non potest, quantum intersit. Traditio rei est factum. Faciendi stipulatio incerta, quia in eam id venit, quod interest: id autem incertum. *L. si pœnam, infr. de ver. obl. §. ult. Inst. eod.* Fructus autem res sunt corporales: qui si nati erunt, certa corpora sunt, ut dixi non minus, quam ipse fundus, ex quo nati sunt. At fundi stipulatio certa est. *L. ubi, §. ult. infr. de ver. obl.* Erit igitur & fructuum, simul atque hi nati fuerint. Quapropter ut fundus promissus peteretur certi condictione, quia certus: ita & fructus promissos postea natos eadem actione peti necesse est, quia certi. At enim Pomponius ait stipulatorem *fructus postea captos ex ea stipulatione incerti actione consecuturum.* Recte *consecuturum*, non petiturum. Fructus enim in hanc stipulationem non veniunt, sed fundi datio & traditio. Quam ob caussam, quia fundi obligatio est, non fructuum: ideo non petuntur fructus, sed in id quod interest agitur, quod & stipulatione intelligitur contineri. *L. si pœnam, L. quoties quis, L. si quis stipulatus. 112. §. ult. infr. de ver. ob.* Ut id quod interest, est incertum: ita in id agitur actione incerti ex stipulatu. *L. ult. supr. si quis in ius voc. non ier.* Proinde & in specie superiore conveniebat hac ipsa actione agi: in quam sententiam & Papinianus respondit. Hac autem actione in proposito instituta, potestate iudicii etiam fructus accedent, quia in æstimatione eius quod interest, etiam fructuum amissorum ratio habetur. *L. 1. §. non solum, infr. unde vi.* Quæ si ita sunt, nihil verius hac sententia: Quamvis in stipulationem aut alium contractum res incerta ab initio deducta sit, si tamen existente stipulationis conditione res certa fiat, ut sic incipiat certum peti posse: etiam ex eo contractu certi condictionem competituram: quia certum petatur, quod solum spectandum sit ex edicto. Id autem contingere in hac specie, cum quis id quod ex animali, aut ex fundo certo nascetur, stipulatus est, & deinde quod natum est, petitur. Hanc sententiam huius loci esse quo statuatur certius, sic mecum reputetur de verbo *incerti contractus*. Alterutrum enim necesse est, aut incertum contractum hic dici eum in quem incertum deductum est, ut est usitata verbi significatio, & quomodo accipitur in *L. ubi, infr. de ver. ob.* ubi ex professo de certis & incertis stipulationibus agitur: aut incertum eum qui certo nomine non appelletur, similiter ut actio præscriptis verbis vocatur incerta actio: *L. rebus, C. de rer. per.* quia nullum est huius usitatum nomen. *L. 2. infr. de præs. ver.* Si probatur contractum incertum posteriore modo hic accipi non posse, relinquitur nimirum significatio sola prior, non dico quæ conveniat Ulpiani sententiæ, sed etiam quam hic accipi sit necesse.

Atqui ita res habet, ut contractum in-
certum nullo † modo hic intelligere de- 17
beamus, cuius nullum sit nomen. Sic enim diceremus ex huiusmodi contractibus competere certi condictionem ad rem de qua convenit petendam: quod falsum esse & res quæ hic petitur, & actio præscriptis verbis, quæ ex eo genere competere dicitur, aperte declarant. In primis ad certi condictionem opus est, ut certum petatur, ut hic docemur. Atqui hæc natura est eorum contractuum, quorum nullum nomen est, ut ex his petatur incertum. Nam etsi de re certa danda convenerit, veluti cum do tibi aliquid, ut mihi Stichum des: tamen actio est solum in id, quod mea interest illud de quo convenit, accipere, *L. naturalis, §. etsi quidem infr. de præs. ver.* Id autem quod interest, maxime incertum: *d. L. si pœnam, de ver. ob.* unde & actio præscriptis verbis quæ ex eo genere competit, non solum ex nomine dicitur incerta, sed etiam ex re petita actio incerti. *L. insulam, L. ob eam, infr. de præs. ver.* Non est igitur in eam rem certi condictio. Nisi forte quis dicat actionem præscriptis verbis esse in id quod interest, certi autem condictione peti posse rem ipsam certam, de qua convenit. Sed repugnat hic locus, ubi non datur certi condictio, nisi ex ea caussa ex qua prius ipsius natura certum petitur. Sed & actio præscriptis verbis, quæ datur ex his contractibus *L. 2. 3. & 5. infr. de præs. ver.* manifestum argumentum habet ex iisdem certi condictionem non dari. Tunc enim actioni præscriptis verbis locus est, cum deficiunt aliæ vulgares & certæ actiones. *L. 1. L. 2. infr. de præs. ver.* Porro certi condictio certæ & usitatæ actionis nomen est, ut supra ostendi. Quare non potest dici ex contractu, qui in aliud nomen non transit, competere certi condictio-

ctio-

ctionem: eoque nec incertum contractum huiusmodi contractum hoc loco accipere debemus. Atque ut hoc de nomine incerti contractus hoc loco vitandum est: ita non minus cavendum in exemplis contractus re & ab initio incerti, ex quo tamen postea certum petitur: ne cum Accursio & Bartolo recipiamus exemplum stipulationis faciendi, & in universum stipulationis eius, ex qua agitur in id quod interest. Concedunt enim stipulationem omnem faciendi a principio esse incertam, ut est in *L. ubi autem, §. qui id quod, infr. de ver. ob.* Sed quoniam in his agitur in id quod interest, *L. si quis ab alio, in pr. & §. ult. infr. de re iud. L. 1. infr. de act. em. L. si pœnam, infr. de ver. ob.* ideo volunt ex his certum peti. Id enim quod interest, quandiu pendet, an intersit, incertum esse, atque hinc stipulationem a principio incertam. At postquam cœpit interesse, quo primum tempore agi potest, summam eius quod interest, natura certam fieri: quæ dum petetur, recte dicatur certum peti ex contractu incerto, atque hinc eo nomine certi condictionem. Ne id dixerimus.

18 Semper enim id quod interest, † incertum, & cum nondum nostra interest, & cum cœpit interesse. Nam & cum interesse cœpit, etsi per rerum naturam certum est, quantum sit: pronuntiatione tamen & petitione est incertum, ut docui ad *L. si pœnam, de verb. obl.* Imo, inquiunt, ideo certum, quia per rerum naturam certum est: neque enim quæ in rerum natura certa sunt, eo minus sunt talia, quia apud nos incerta sint. *§. conditiones, Inst. de ver. obl.* Recte dicerent, si hic ageretur tantum de re certa, ac non de re quæ certa petitur. Competit certi condictio, cum certum petitur. Qui petit id quod interest, is pronuntiatione certum non petit. At enim cum quantitatem ita stipulamur: pecuniam quæ est in illa arca, triticum quod est in illo horreo, dabis: placet stipulationem esse ut rei certæ, ita & certam: tametsi quantum sit in arca, aut in horreo, a nobis ignoretur. *L. ubi, §. illud, de ver. ob.* Quidni item dicamus & petitionem eius quod interest esse certam, etsi quantum id sit, nondum appareat? Non sunt hæc similia. Quod enim certo loco continetur, ita est, ut locus quo continetur. Locus de quo constat, ut natura certus est, ita & certam probationem habet, quæ non aliam operam desiderat, quam ut veniatur in rem præsentem, & inspiciatur, qualis sit. Eadem conditio eius, quod eo loco continetur. Aperiatur enim arca, aut horreum. Apertura continuo quantum ibi sit, sine ulla incertitudine declarabit: nec aperturæ mora, aut inficiatio adversarii de summa quidquam minuet, aut ei adiiciet. Id quod interest, ut certo loco non continetur, sic nec videtur, aut certi alicuius loci aditione subiicitur oculis. Denique, quod non uno loco testatum est, eius quod interest probatio tota est incerta, & plerumque difficilis: quam ob caussam etiam ad exiguam summam plerumque deducitur. *L. ult. infr. de præt. stip. §. ult. Inst. de verb. obl.* At saltem cum ad sententiam ventum est, certum fit id quod interest: hic enim iudex certæ quantitatis sententiam dicere iubetur. *§. curare, Inst. de act. L. 3. in fi. C. de inut. stip.* Nihil hoc ad rem pertinet. Nos enim non quid in condemnatione sit, sed quid petatur hoc edicto, quærimus. Petitur autem incertum, cum petitur id quod interest; etsi facto probato res eo deducitur, ut ostendatur certa aliqua quantitas, quam iudex in sententia sequatur. Quid ergo si actor, ut fit, certam quantitatem petitione complectatur, qua se æstimare dicat, quod sua interest? Non mutat expressio incertitudinem rei aut petitionis. Non enim ideo statim tanti eius interesse dixerimus, quia tantum petit: sed cum in facto non iure versetur, quatenus cuiusque intersit: *L. quatenus, infr. de reg. iur.* ideo res facti iudici æstimanda permittitur. *L. 3. C. de inut. stip. L. unica, vers. in aliis, C. de sent. quæ pro eo quod inter.* & hinc fit sæpe, quod dixi, ut ad exiguam summam redigatur, *d. L. ult. de præt. stip.* Quid opus est verbis? Diserte scriptum est in *L. ult, supr.* si quis in ius voc. non ie. *in id quod interest, incerti agendum:* ubi intelligitur, incerti actione. Si de eo quod interest, incerti actio est: non potest de eadem re certi condictio competere; contraria enim sunt hæc, *certi* & *incerti*. Nisi vero exponimus eo modo quo Accursius, incerti agendum, ut sit sensus, agendum de eo quod interest, quod prima facie est incertum: certi tamen condictione, quia re vera est certum: quod non tam falsum est, quam ridiculum. Aliud est enim incertum esse, aliud videri. At de incerto genere agere, est agere de eo, quod vere est incertum: non ergo de eo, quod incertum videtur, & non est. Proinde quæ de eo quod interest, actio competit, & incerti actio est, & de incerto quod petitur, eoque & de eo certi condictio esse non potest. Sed ne tergiversemur, in *L. 3. C. de inut. stip.* actio ex stipulatu in

id

id quod interest, dicitur actio incerta. Cur incerta? Non utique quia nomine careat, cum de actione ex stipulatu agatur, quod proprium est & usitatum nomen actionis. Ergo incerta ex re ideo, quia rem incertam petitio continet: id autem est, *id quod interest:* ut palam sit actionem de eo quod interest, ut ipsa incerta dicitur, ita simul incerti, idest, incertæ rei petitæ esse actionem: quod cum accidit, quia certum non petitur, certi condictio locum habere non potest. Non me movet, quod in hac *L. certi*, §. 1. dicitur hæc condictio competere etiam ex Lege Aquilia; ex qua tamen certum est servo occiso & similibus rebus privatis, non tantum corporis, sed etiam eius quod domini interest, fieri æstimationem, & in id agi posse. *L. ait*, §. *ult.* & *LL. seqq. supr. ad leg. Aquil.* Ut enim ex ea lege agi potest in id quod interest: ita nihil prohibet & solius hominis occisi æstimationem, quæ certa est, tantum peti, cum nihil amplius absit actori. Quod si fit, ut certum ex ea caussa petitur, ita etiam hoc casu certi condictionem competere ex edicto dicendum est. Hæc de actione quæ de eo quod interest, competit, fortasse hoc loco alienius, cum utrum certi condictio detur eo nomine, an incerti actio, quæstio in eo sit, an id quod interest certum sit, an incertum, de quo alio loco quærendum est: dixi ad *L. si pœnam*, & *L. ubi*, §. *qui id quod*, *infr. de verb. obl.* Sed tamen cum incerti contractus ex quo certum petitur, exemplum sumatur ex faciendi obligationibus, ex quibus cum interesse cœperit, petitur id quod interest, & huc exemplum accommodetur, quasi & eo nomine competat certi condictio: visum est e re esse refellere hunc errorem paulo diligentius, ne deinceps in explicatione huius loci ullam partem sibi occupet. Dixi de caussa huius condictionis, tum de re quæ in eam actionem veniat. Reliquum est ex tribus propositis agendi tempus.

Id autem Ulpianus statuit idem quod
19 reliquarum actionum, scribit enim † licere hac condictione uti, si præsens sit obligatio; cæterum si in diem, vel sub conditione, ante diem vel conditionem, idest, ante quam dies venerit, aut conditio extiterit agere me non posse. Quod ius commune est omnium actionum *L. cedere*, *infr. de ver. sig.* Sed quid opus fuit id hoc loco inculcare, cum esset iuris certi? Quid opus in hac condictione, cum non magis proprium esset huius actionis, quam cæterarum? Nempe in cæteris ius certum fuit: in certi condictione ut sunt verba superiora edicti, potuit de eo dubitari. Proponitur enim hæc condictio, si certum petatur, seu ex caussa ex qua certum petitur. Fieri potest, ut ante diem aut conditionem petatur certum: & quamvis nullo iure petatur; tamen semper verum erit peti, quod petitur, licet iniuria. Ita verbis edicti consequens erit etiam tunc hanc condictionem competere. Id ergo ne quis ita interpretetur, recte monet quod in aliis actionibus iuris est, hoc idem servandum in certi condictione, ne ante agi possit, quam dies obligationis venerit. Non obstat, quod datur hæc condictio simpliciter, si certum petatur. Hoc enim sic accipiendum est: si petatur iure: quia quod secus petitur, perinde fit, quasi nec petatur. Quo enim petitio, quæ effectum non habuit? Verba cum effectu sunt accipienda. *L. 1. supr. quod quis, iur. L. pen. supr. ne quis eum, qui in ius vo. est, vi exi.* Eaque mens prætoris ex eo satis colligitur, quod non dat prætor hanc condictionem, nisi ex caussa ex qua certum petitur. Non est caussa petendi, nisi ea, ex qua quid peti potest. Nec potest quidquam peti ex obligatione, nisi ea cuius dies venerit. *d. L. cedere.* Quod ait Ulpianus ante diem aut conditionem agi non posse, ad ius, non ad factum referendum est. Verbis enim agi & peti potest: iure non potest.

Sed an ideo dicitur ante diem agi non posse, quia non possit cum effectu, idest, quia iure quidem nata sit actio, sed exceptione repellatur; an vero quia nulla sit actio ante diem ipso iure, nec in eo desideretur exceptio? Nempe ita, ut ante diem nulla actio nata sit. Quod satis aperte significat, cum ait agi non posse: alioqui ita dicendum fuit, posse quidem me iure ipso ante diem agere, cum actio iure civili consisteret, sed agenti exceptionem obstaturam. Nec minus aperte, cum in hac re diem & conditionem comparat. Constat enim antequam conditio extiterit, ita agi non posse, ut nondum ulla obligatio nata sit, nedum actio. *d. L. cedere*, *de ver. sig.* Si quis in hanc sententiam plura desiderat, legat quæ scripsi de tota re accuratius ad *L. eum qui Calendis*, §. *ult. infr. de ver. ob.* qua parte de effectu diei adiecti disserui. Exposita est Ulpiani definitio de certi condictione hoc continens, quando hæc condictio competat, seu quæ res locum faciant huic condictioni. Etsi autem ea condictio nihil commune habet cum incerti condictione, quinimo hæ actiones contrariæ sunt: tamen quia hic proponitur

nitur condictio de certo, interim omittitur incertum de quo caveatur, hoc ipsum & de altera specie quaerendi occasionem praebet. Occurret enim animo statim haec dubitatio: quid ergo fiet, si petetur incertum? An quia hic solum auditur condictio certi, nulla autem incerti mentio est, ideo nulla est incerti condictio: an vero ut de certo certi condictio est, quae hic proponitur: ita & de incerto esse debet, & est condictio incerti? Quapropter haud abs re est, si & de eo pauca dicamus. Quaestio, si res spectetur, non admodum magni momenti, cum si de re incerta quae iure peti potest, sit propria aliqua & specialis actio seu condictio, ut est: non multum referat, an & de eadem re incerti condictio aliqua generalis competat, necne. Sed tamen nihil contemnendum, quod ad iuris intelligentiam facit: praesertim si sit obscurius: quale est id de quo quaerimus, in quo & nostrorum sententiae variant. Quid, si pertinet etiam haec quaestio ad huius loci explicationem, aut certe ad eius qui scribit defensionem? Non potuit a nobis hoc loco sine vitio praetermitti. Et vero pertinet. Cur enim Ulpianus nullam hic condictionis incerti mentionem fecit, cum non minus incerta petantur, quam certa? Licet videre de hac re disputationem Bartoli ad *L. sed etsi me putem*, *§. cum iter*, *infr. de cond. ind.*

21 Mihi verius videtur, quod Ioannes putavit, nullam † esse condictionem incerti propositam edicto, ut quidem hoc verbo intelligitur certa actio, quae hoc nomine vocetur similiter ut certi condictio, ut actio ex stipulatu, ut actio ex empto aut vendito. Multa occurrunt, ex quibus id ita esse coniicere liceat. In primis omissa toto iure huius condictionis tractatio. Nam si aliqua parte edicti condictio incerti esset proposita, itidem ut certi: non fuit caussa, cur de una potius ex professo ageretur, quam de altera. At de condictione certi hic ex professo agi videmus: nusquam de incerti condictione. Ex quo intelligitur hanc nullam propositam fuisse. Non requiro, ut de condictione incerti specialem aliquem titulum habeamus, qui videatur fuisse in edicto: quam rationem cum quidam reddidissent superioris sententiae, merito sunt a Bartolo reprehensi: potuit enim de ea tractari, etiam si specialem titulum nullum haberet. At duabus condictionibus in medio positis, una certi, altera incerti: qui de certi condictione tractationem susceptam videt, recte alterius aeque propositae tractationem requirit, aut hac tractatione omissa, merito alteram istam condictionem non fuisse propositam colligit. Sed mitto pleniorem tractationem. Quid, quod ne nominatur quidem usquam incerti condictio ita, ut dicatur competere ex iis caussis, ex quibus incertum petatur? Nulla igitur condictio talis admittenda est. Constant enim actiones iuris auctoritate, cum sint omnes civiles aut praetoriae. *L. actionum*, *§. ult. infr. de obl. & act. §. sed istae*, *Inst. de act.* Ita ubi aliqua iure aperto prodita probari non potest, eam nec nos recipere debemus Et certe mirum esset de certi condictione definitionem tradi, competere hanc actionem ex omni caussa, ex qua certum petitur: de condictione autem incerti nullam talem definitionem exstare, siquidem esset aliqua condictio eiusmodi. Accedit ad haec, quod si esset aliqua incerti condictio, conveniebat hanc proponi eodem loco, in quo certi condictio proponitur, ut species uni generi subiectae eadem parte edicti comprehenderentur: praesertim cum certum & incertum species sint ita contrariae, ut qui de una audierit, continuo ex adverso occurrat, quod quaerat, aut etiam colligat de contraria. Itaque & hic locus fuisset utramque proponendi & explicandi. At in hoc titulo, in quo tractatur de certi condictione, ne vestigium quidem ostenditur de condictione incerti. Ex quo coniecturam facere possumus, eam neque hoc edicto, neque ullo alio fuisse propositam. Postremo si est ulla incerti condictio, evenire oportet in ea, quod in certi condictione, ut quemadmodum haec competit ex omni caussa, ex qua certum petitur: sic & condictio incerti competat ex omni caussa, ex qua incertum petitur, ut in utroque genere eadem caussa eandem actionem ubique pariat. Quod si vel in una aliqua specie, in qua incertum petitur, probari potest non esse ullam actionem, quae vocetur condictio incerti: certum argumentum id esse debet, ne in caeteris quidem caussis, ex quibus idem petitur ullam talem esse proditam. At occurrunt plures species huius generis. Primum cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; si contractus in aliud nomen non transeat, ex omnibus petitur incertum: agitur enim ex omnibus, ut dixi, in id quod interest, *L. naturalis*, *§. & si quidem*, *& §. at cum do*, *infr. de praes. ver.* Ex his tamen condictionem incerti competere inauditum est. Ac ne competere quidem potest: postquam ex his actio est praescriptis verbis, cui tunc solum locus est,

est, cum deficiunt vulgaria & usitata actionum nomina. *L.* 2 3. *infr. de præs. ver.* Sed nec ex stipulatione incerta competit actio, quæ vocetur condictio incerti. Traditum est enim ex stipulatione duas tantum proficisci actiones: condictionem certi, si certa sit stipulatio, & ex stipulatu, si sit incerta. *Inst. de ver. obl. in pr.* Ex stipulatu, inquam, sola datur ex stipulatione incerta. Non ergo condictio incerti: neque enim idem est actio ex stipulatu, & incerti condictio. Ex quo efficitur nec ex aliis incertis caussis esse ullam incerti condictionem: semper intelligo eam, quæ hoc nomine appelletur, & hoc sensu generalem hinc nullam esse propositam, quæ competeret ex omni caussa, ex qua incertum petitur, ut proposita est certi condictio ex omni caussa, ex qua certum petitur. Quod ergo quibusdam locis legimus incerti condici, incerti condictionem competere, incerti condictione agi; ut *L. qui exceptionem*, §. *si pars*, *infr. de cond. ind. L. si heres*, *infr. de act. em. L. sed etsi mea*, §. 1. *infr. de cond. ind. L. si tibi liberum*, *infr. de act. em. L. quod si nulla*, 60. *infr. de legat.* 1. *L. hoc senatusconsultum*, §. 1. *supr. de usufr. ea. rer. L.* & *ideo*, *in fi. infr. de cond. fur.* in omnibus condictionis verbo condictionem specialem & propriam earum caussarum, de quibus illic agitur, accipere debemus: condictionem tamen incerti, idest, ad rem incertam, seu de re incerta: ut hic incerti verbum non faciat ad actionis nomen, sed proprie & naturaliter significet rem ipsam de qua agitur. Hoc non difficile probabitur ei, qui animadverterit in supra scriptis locis, quibus in caussis incerti ista condictio nominatur, in his competere proprias condictiones aut indebiti, aut ob caussam, aut furtivam: indebiti quidem in prioribus quinque locis quos retuli: ob caussam autem in *L. hoc senatusconsultum*, §. 1. *de us. ea. rer.* furtivam in *L.* & *ideo*, *de cond. fur.* Itaque illæ ipsæ condictiones, aut si quæ sunt aliæ suis caussis convenientes accipiendæ sunt: sic tamen, ut intelligantur esse incerti, idest, de re incerta, quia sunt in id quod agentis interest. Neque novum est actionem incerti ita dici, non quæ ita vocetur, sed quæ appellata alio nomine, sit ad rem incertam. In *L. ult. supr. si quis in ius voc. non ier.* scriptum est: *cum quis iudicio sisti promiserit, neque adiecerit pœnam si status non esset: cum eo incerti agendum esse in id quod interest.* His verbis, *incerti agendum*, perspicuum est non exprimi certam actionem, quæ vocetur incerti actio seu condictio: ex stipulatione enim illic proposita si incerta est, non competit nisi actio, quæ vocatur ex stipulatu. *Inst. de ver. ob. in pr.* Sed dicitur ea actio incerti, quia est incertæ rei: additur enim *agi in id quod interest*, quod est, ut sæpe iam dixi, incertum. *d. L. si pœnam*, *infra*, *de verbor. oblig.* Hoc Papinianus indicat apertius in *L.* 4. *infr. de usur.* cum ait, *si quis stipulatus sit rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, *cum fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum.* Hic actionis incerti verbo proprium nomen actionis intelligi non potest, cum dicat competere actionem ex stipulatu; sed hanc vocat incerti, quia nascitur ex stipulatione incerta, & est rei incertæ, nempe in id quod interest: proponitur enim stipulatio rem tradi, idest, faciendi: quo in genere in id quod interest agi iam ante diximus. *d. L. si quis ab alio*, *in pr.* & §. *ult. infr. de re iud. L.* 1. *infr. de act. em.* Sic & ab eodem Papiniano dicitur legatum incerti esse, pro eo quod est, rei & summæ incertæ in *L. tribus*, *infr. de us. ear. rer.* unde & de cautione eo nomine interposita ibidem *incerti esse agendum* scribit eodem sensu. Nec alio sensu idem stipulationem dicit incerti esse, quæ factum continet in *L. liber*, §. *ult. infr. de verb. obl.*

Quæretur fortassis, cur prætor de certo † proposuerit certi condictionem generaliter ex omnibus caussis; de incerto autem generaliter non proposuerit incerti condictionem. 22 Probabilis coniectura hæc est (nam extra coniecturam longius hic progredi non possumus) quod certæ caussæ nonnullæ desiderabant actionem certam, seu certi nominis: de his visum est, quod necesse fuit, certi condictionem proponere. Per hanc autem occasionem factum est, ut proponeretur generaliter de omnibus ex quibus certum petitur, ut supra docui. In caussis incertis ut proponeretur incerti condictio ex omnibus, eiusmodi occasio ex uno aliquo contractu sumpta defuit. Ex contractibus, quorum nullum nomen est, incertum petitur: sed noluit prætor ex his certi nominis actionem proponere, ne actio a contractu discreparet. Ex stipulatione, quæ proprio nomine appellatur, proposuit & certi nominis actionem, etsi stipulatio incerta sit, & ex ea petatur incertum; sed actionem ex ipso contractu appellatam ex stipulatu. Ita cum speciales caussæ nullæ exsisterent, quæ desiderarent condictionem incerti: propriis actio-

actionibus contentus fuit prætor, nec occasio incerti condictionem peperit. Ex hac disputatione si nihil aliud, certe hoc assequimur, ne miremur, cur nusquam agatur de condictione incerti generali, ut de condictione certi hic agi videmus. Constatque hinc Ulpiano ratio, cur certi condictionem proponens, aut propositam explicans de incerti condictione nullum verbum fecerit: hæc enim ita fieri necesse fuit, si nulla proposita est incerti condictio, ut nullam esse ostendimus. Assequimur & illud, ut vere dici intelligamus ex stipulatione incerta unam esse actionem quæ dicitur ex stipulatu. *Inst. de ver. obl. in pr.* nec metuamus, ne hoc falsum videatur, quasi ex incertis caussis incerti quoque condictio competat: quoniam hæc condictio nulla est. Eadem res facit, ut cum ex contractibus incertis dicimus esse præscriptis verbis actionem, simul vere dici intelligamus hanc actionem non competere, nisi ubi aliæ actiones certæ & vulgares deficiunt: quia vere & hic condictio incerti deficit, quæ iure non est prodita.

Ad §. Competit hæc actio.

Competit hæc actio etiam ex legati caussa, & ex lege Aquilia. Sed & ex caussa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed & si ex Senatusconsulto agetur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.

S U M M A R I A.

1. *Rem legatam etiam quæ facta sit legatarii, condici posse.*
2. *Condicere rem suam neminem posse, quomodo accipiendum.*
3. *Certi condictio etiam ex lege Aquilia.*
4. *Condictio certi quibus, & adversus quos competat.*

1 COmpetit, inquit, hæc actio etiam † ex legati caussa. Etiamne, si species legata sit, quæ fuerit testatoris? movet, quod rei legatæ dominium, quod hereditatis fuit, recta via in legatarium transit, ut in heredem res singulæ. *L. legatum. 80. infr. de legat. 2. L. a Titio, infr. de fur.* Sic autem est regula iuris, neminem rem suam condicere posse, idest, actione in personam petere, præterquam a fure. *L. ult. in fin. supr. usufr. quem ca. §. sic itaque, Inst. de act.* Et si potest res legata, quæ legatarii facta sit, non tantum vindicari, sed etiam actione in personam ex testamento peti, erit haud dubie & eius rei nomine certi condictio adversus heredem ex supra scripta definitione: sic enim dabitur hæc actio ex ea caussa, & obligatione, ex qua certum petitur. Verius est autem de hac ipsa re legatario etiam actionem in personam dari. Verba constitutionis Iustiniani in *L. 1. ver. rectius, C. com. de legat.* id efficiunt: Cavet enim diserte se omnibus tam legatariis quam fideicommissariis non solum actionem personalem præstare, sed & in rem. Quibus verbis aperte vult in eandem personam concurrere has actiones. Sed & hoc significatur apertius iure vetere; cum ita sit facultas legatariis pluribus actionibus legatorum utendi, ut possint ex una, quam elegerint, legatum petere. *L. cum filius, §. variis, infr. de legat. 2.* Non est electio, nisi ei, qui eodem tempore utramque constitutam habeat, ut utra velit, possit experiri. † Non 2 obstat, quod dicitur neminem rem suam, nisi furi condicere posse. Hoc enim sic accipiendum est, si quis condicat ut suam, ubi is agit se dominum esse dicit: & nihilominus rem sibi dari oportere intendit, se ipsum excludens videlicet: quia quod alicuius est, id amplius eius fieri non potest. *d. §. sic itaque, Inst. de act.* Cæterum si legatarius, ut de re quavis simpliciter legata etsi aliena sit, agat, de qua præstanda heres obligatus est, recte agit. Obligari enim heredem constat, ut rem legatam præstet. *§. heres, Inst. de obl. quæ ex qua. caus.* Si alienæ rei nomine: multo magis eius, de qua testator pro suo iure statuere potuit. Quod si legatarium ideo removebit heres, quod dicat rem testatoris esse, quæ legata est: neque statim ei fides habebitur, & si haberi sibi postulet, tanto magis ipse se refellet, tantoque magis se teneri ostendet, ut rem restituat, quo invito legatario, eodemque domino se

se contrectare fateatur. Quinimo hoc ipso etiam actionem in personam, & condictionem certi magis confirmabit, quia sua ipsius confessione fur sit, atque ob id etiam teneatur condictione furtiva. *d. §. sic itaque, Inst. de act. §. ult. Inst. de obl. quæ ex del.* Ex caussa autem furtiva itidem, ut ex aliis actionibus in personam, certum condici potest, ut hic paulo post scriptum est.

3 Et ex lege Aquilia) † Servo occiso, damni nomine ex lege Aquilia varie agi potest. Nam si quid ultra corporis æstimationem domini interest eum servum occisum non esse, agitur in id quod interest, & una cum corpore occisi etiam id æstimatur: sin præter corporis æstimationem domino nihil abest, hæc sola petitur. *L. air, §. ult. & L. seq. supr. ad leg. Aq.* Æstimatio certi corporis & ipsa certa est. Proinde si hæc petetur, etiam hoc nomine certi condictio competet ex caussa legis Aquiliæ. Quod si agetur ex hac lege in id quod interest, iam ante dixi non posse locum esse huic condictioni: quia id quod interest, sit incertum; non detur autem hæc condictio nisi tunc, cum certum petitur.

Sed etsi ex senatusconsulto]. Dixerat, qua ex caussa certi condictio
4 competat. † Nunc ex eadem definitione ostendit, quibus, & adversus quos. Ac quibus competat, declarat exemplo eius, cui ex fideicommisso restituta est hereditas. Cum enim ait etiam huic agere volenti competere hanc actionem, non aliud dicere intelligitur, quam, ut ex omni caussa & obligatione ex qua certum petitur, hæc condictio competit: Ita competere eam omnibus, ad quos ex illis caussis actio pertinet, seu qui ex illis caussis possunt certum petere: non tantum si sint ipsi creditores, cum quibus res contracta est, sed etiam si sint creditorum heredes: nec tantum si heredes, sed etiam si ii, qui habeantur heredum loco, & ad quos utiles tantum actiones transeant: qualis est is cui fiduciaria, idest, fideicommissaria hereditas restituta est ex senatusconsulto Trebelliano. *L. 1. infr. ad Treb. §. restituta, Inst. de fid. her.* Adversus quos autem detur actio, indicat, cum subiicit per hanc actionem recte conveniri, sive suo nomine quis obligatus sit, sive alieno. Significat enim eam adversus omnes dari, qui ex ea caussa & ea obligatione tenentur, ex qua certum petitur, cum detur etiam adversus eos, qui alieno nomine sunt obligati. Ubi alieno nomine obligatos generaliter accipere debemus eos, qui ex alterius persona & contractu, seu ex obligatione cum alio contracta conveniuntur, non fideiussores solum, sed heredes, omnisque generis successores, patres item & dominos ex contractibus filiorumfa. & servorum.

Ad §. Quoniam igitur.

Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit: sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive coniunctim: referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat.

Posita hac definitione, competere certi condictionem sine exceptione ex omni caussa, & omni obligatione, ex qua certum petitur: pertinebat ad explicationem & confirmationem eius definitionis curare, ut si qua species videretur adversari, in qua dubitaretur videlicet, an hæc condictio competeret, illic dubitatio removeretur, ostendereturque etiam in ea specie hanc condictionem competere, & superiorem definitionem esse veram. Huiusmodi dubitatio quia quibusdam in caussis circa mutuum accidit, ideo fecit Ulpianus ordine & certa ratione, ut de his hoc loco subiiceret, & in his illud ostenderet, quod dixi. Quoniam, inquit, *ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, ideo referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad earum petitionem sufficiat.* Quæ dignum tractatum habent, idest, quæ dignæ sunt, in quibus tractetur, an hæc condictio, atque adeo an ulla actio competat. Dignæ autem ideo, quia in his merito dubites, an quamvis pecunia mutuo data sit, tamen ulla sit condictio propter iustas caussas, quæ in singulis occurrunt. Sunt huius generis species in summa tres, quæ ab hoc loco usque ad finem capitis ab Ulpiano referuntur. Prima est de pecunia mutuo data, quam creditor eodem tempore reddi stipulatus est, sed inu-

inutiliter, quocunque tandem modo inutiliter sit stipulatus: de qua in §. *numeravi*, & *seqq*. 3. usque ad §. *si nummos*: omnes enim ad unam hanc speciem pertinent. Secunda de ea pecunia, quam quis mutuo dedit alterius nomine: de qua in §. *si nummos*. Tertia de pecunia, quam dominus deposuit apud aliquem; qua deinde uti depositario permisit: de qua in §. *ult*. & *L*. *seq*.

Ad §. Numeravi.

Numeravi tibi decem, & hæc alii stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus: uno qui re factus est, idest numeratione: alio, qui verbis, idest inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? & puto posse.

Ad §. Idem erit.

Idem erit si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi. Nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

Ad §. Idem quæri potest.

Idem quæri potest, & si quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio manebit condictio.

Ad §. Sed & si ei.

Sed & si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum, quoniam & stipulando sibi acquirit.

S U M M A R I A.

1. *Mutuo data pecunia si in stipulatum deducta sit, si quidem stipulatio utilis est, ex stipulatione actio est: si inutilis, saltem ex numeratione condictio, & cur.*
2. *Novatio quando contingeret olim pupillo posterius stipulante.*

PRima, ut dixi, species mutui, in qua Ulpianus hoc loco tractat, an ulla condictio competat, hæc est: cum qui pecuniam numeravit crediti caussa, simul eam reddi stipulatus est, sed ita, ut stipulatio esset inutilis. Quam speciem complexus est quatuor §§. seqq. tot enim periodis hanc rem distinxit: quia totidem modis potest accidere, ut quam pecuniam quis mutuo dedit, stipuletur eam inutiliter. Sed ut possit intelligi, in hac varietate stipulationis inutilis species quidem numero plures proponi; cæterum ratione ad unum genus referri omnes, ut quæ eadem ratione & notione inter se coniun-
1 gantur; † Ulpianus uni definitioni iuris omnes subiecit, statuens in his ex stipulatione quidem agi non posse, sed ex numeratione pariter in omnibus certi condictionem futuram. Et ex stipulatione quæ iure improbetur, actionem non esse constat: cum stipulatio perinde sit iure, quasi interposita non esset. *L*. *non dubium*, *C*. *de leg*. Sed quæ potest caussa afferri, cur probabiliter dubitetur, an hic actio non competat ex numeratione; cum videamus pecuniam esse numeratam, & quidem ita, ut esset credita, non donata? Iusta caussa hæc est, quæ eadem movit Ulpianum, ut initio diceret in hac specie quæstionem dignum habere tractatum: quod non omnis numeratio obligationem parit; sed tunc solum, cum hoc ipsum agitur, ut obligatio nascatur. *L*. *non omnis*, *infr*. *eod*. At cum is qui pecuniam dat, ita dat, ut eam stipuletur reddi, hoc factum arguit non id agi,

id agi, ut obligatio nascatur ex numeratione, sed ex stipulatione: quo fit, ut hic actio ex numeratione nasci non possit. Et vero recepta est hæc sententia in eo, qui pecuniam mutuam dans eandem sibi reddi utiliter stipulatus est: placuit enim in hac specie non duas obligationes nasci, sed unam, & eam quidem verborum, non ex mutuo, aut numeratione. *L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infr. de ver. ob.* *L. 6* §. *ult.* & *L. 7. infr. de nova.* & quidem in *d. L. 7.* adiicitur nominatim ratio: quia id agatur, ut sola stipulatio teneat. Non minus igitur & hoc idem probandum videtur, cum stipulatio adiecta fuit inutilis: quia & tum idem agi intelligitur. Nec ad rem pertinet, quod qui pecuniam a se datam stipulabatur, putabat se utiliter stipulari. Nam hoc ipso voluit non agi ex numeratione, sed ex stipulatione, quia stipulationem valere existimabat, arg. in *L. quod meo*, §. *si furioso*, *infr. de acq. poss.* Ulpianus adversus hanc dubitationem statuit hoc loco, quod supra dixi, remota in proposito stipulatione pecuniam datam per hanc actionem condici posse hac ratione: *quasi hic duo contractus intervenerint: uno qui re factus est, id est, numeratione; alio qui verbis, idest, inutiliter.* Quibus verbis occurrere videtur superiori obiectioni. Perinde est enim, quasi diceret duos hic esse contractus, non ita quidem, ut ex utroque agi possit; sed tamen ita, ut saltem possit ex uno, & inde pecunia peti. Et si quidem stipulatio valeat, ex hac sola agi posse, quia id actum est: quod si stipulatio sit inutilis, hoc relinqui, ut saltem agi possit ex numeratione. Unde intelligimus, quod dicitur, cum stipulatio numerationi adiuncta est, hoc agi, ut stipulatio sola teneat: id Ulpianum tunc solum probare, cum stipulatio utilis est; non etiam cum est inutilis. At enim & qui putat esse utilem, eodem hoc animo est, ut ex stipulatione agatur, non ex numeratione, ut supra diximus. Et est omnino hoc animo, quia errat; verumtamen non absolute, sed sub conditione, si stipulatio sit, ut putat, utilis: alioqui hoc animo est, ut saltem pecuniam repetat ex numeratione: quod vel maxime stipulatio ab eo subiecta arguit. Declarat enim non sic eum pecuniam dare, ut donet, sed ut repetat: huic enim rei stipulatio interponitur. Non potest autem eam consequi, nisi ex stipulatione, aut numeratione: neque potest consequi ex stipulatione, ubi stipulatio est inutilis. Ita restat, ut velit saltem ex numeratione: quamobrem & numerationi sua vis manebit. Idemque in huius persona accidit, quod in eo, qui indebitum per errorem solvit. Ut enim is in hoc errore id agit, ut nunquam repetat, quod solvit, quia putat se debere, & solvendi animo dat: ita si non debeat, contraria de caussa apud se hoc animo est, ut repetat: quam ob caussam & tanquam in re ex contractu gesta ei condictio indebiti datur. §. 1. *Inst. quib. mo. re con. ob.* *L. si in area*, *infr. de cond. ind.* Bene igitur statuit Ulpianus ex numeratione hic certi condictionem fore: idque ita esse, quocunque tandem modo adiecta stipulatio sit inutilis, sive quod creditor qui pecuniam numerabat, stipulatus sit eam alii reddi; sive quod a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sit, qui prius eam pupillo tutore auctore crediderat: sive quod stipulatus sit sub impossibili conditione: sive quod stipulatus sit ab eo, cui bonis interdictum est, cui paulo ante interdictionem numeraverat. Sunt enim hæ species stipulationis, quas subiicit: in quibus omnibus stipulatio est inutilis. Nam alteri stipulari non possumus. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. de ver. ob.* *L. quæcunque gerimus*, *infr. de obl. & act.* Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur. *L. obligari*, *infr. de auct. tut.* Prodigus nullo modo. *L. is cui bonis*, *infr. de ver. ob.* Et sub impossibili conditione nulla obligatio contrahitur. *L. non solum*, *infra*, *de ob. & act.* §. *si impossibilis*, *Instit. de inut. stip.* Quod ait Ulpianus in §. *numeravi*, in specie proposita quasi duos contractus intervenire; recte adiecit *quasi*. Videntur enim duo esse, si facta considerес seorsum a consensu: re autem vera, & ut est animus contrahentium, unus est tantum contractus: stipulationis quidem, si creditor pecuniam, quam dabat, utiliter sit stipulatus: *d. L. 6.* §. *ult.* & *L. seq. infr. de novat.* numerationis autem & mutui, si stipulatio fuerit inutilis, ut hic traditur: idque, ut dixi, consensus contrahentium exigit. Quod dicit in §. *idem erit*, pupillum ex numeratione mihi teneri, cui ego pecuniam tutore auctore credidi, etsi ab eo eandem pecuniam postea stipuler, si modo stipuler sine tutoris auctoritate: significat posteriore hac stipulatione prioris obligationis novationem non fieri. Nam si fieret, nullo modo teneretur pupillus: cum & prior obligatio sublata esset novatione, & posterior nulla esset, atque ita res creditori amitteretur. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* † Viden- 2
dum igitur, num sit hoc ei contrarium, quod idem Ulpianus scribit in *L. 1. in fin. infr.*

infr. de novat. omnem obligationem verbis novari posse, si vel naturaliter sequens obligatio teneat: & addit exemplum, *ut puta*, inquit, *si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit*. De iure vetere loquimur, quo hæc ab Ulpiano scripta sunt, quæ sunt in *d. L.* 1. Nam ex constitutione Iustiniani nulla nunc neque a pupillo, neque ab alio novatio fit, nisi id ipsum posteriore stipulatione expressum sit, ut novatio fieret. *L. ult. C. de novat.* Sed nihil hic ne iure quidem vetere contrarium. Animadvertendum est enim non dicere Ulpianum, obligationem omnem novari, si quod prius debebatur, pupillus sine tutoris auctoris auctoritate promiserit; sed obligationem novari posse. Verum est hoc casu obligationem novari posse, si aliquando potest, etiam si non semper. Hoc vero ita erat in iure vetere, ut aliquando fieret novatio, si pupillus id quod debebatur, quamvis sine tutoris auctoritate promisisset; sed non semper eveniebat. Nam ne tunc quidem id contingebat, cum aut ipse tutore auctore promisisset, aut etiam maior annis, qui per se posset obligari. Si quod alius debebat, id creditor stipulabatur a pupillo: interventu novæ personæ fiebat novatio itidem, ut si ab alio quovis stipulatus esset. Sed etsi stipularetur a pupillo, quod ipse pupillus debebat, fiebat novatio, si quid amplius esset in posteriore stipulatione. Sic enim ex interventu novæ vel personæ, vel rei veteres novandi animum colligebant. *§. præterea, Inst. qui mod tol. obl.* Propter hos casus vere dictum est pupillo postea promittente novationem fieri posse, etsi sine tutoris auctoritate promiserit: quia si quid eorum contigisset, novatio fiebat. Quod si quod pupillus debebat, id ipsum creditor stipularetur ab eodem, nullo modo ne olim quidem novatio fieret, quantumvis pupillus promisisset idem tutore auctore. Nam nec alio quovis debitore idem, quod debebat, promittente novatio contingeret: quia nihil novi intervenisset in posteriore stipulatione, unde animus novandi posset colligi. *d. L. præterea.* De ea autem specie hic agitur: ut non sit, cur in ea ob posteriorem stipulationem cum pupillo interpositam, vel ex vetere iure, vel ex novo metuere debeamus prioris obligationis novationem.

Ad §. Si nummos.

Si nummos meos tuo nomine dedero: velut tuos absente te & ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero: tibi acquiratur obligatio: cum quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

S U M M A R I A.

1. *Mutua pecunia mea tanquam Titii esset, Titii nomine tibi data, Titio condictionem acquiri.*
2. *Mutua pecunia mea Titii nomine tibi data, dominium pecuniæ Titio quæsitum, & ab eo pecuniam profectam videri.*
3. *Hoc tunc, cum monitus mutuum ratum habuit: ignoranti nec dominium pecuniæ ab alio mutuo datæ, nec condictio acquiri potest, quamvis eius nomine pecunia mutuo data sit.*
4. *Consuetudinem erroris, quamvis communem pro iure non habendam.*
5. *Mutuam alieno nomine ignorantis si dedi, repudiante eo nomen, mihi condictionem ob caussam competere.*
6. *Mutuam pecuniam meam, ut meam si dedi ea lege ut Titio redderetur, Titio condictionem non acquiri.*

ALTERA species proponitur, in qua item ut in superiore pecuniam mutuo datam esse constat; sed & in ea iusta dubitatio est, an ex numeratione ulla actio
1 nascatur. † Dedi alicui nummos meos mutuo, sed dedi tanquam tuos, sive quod dicerem tuos esse, sive quod ita darem, ut dicerem me velle esse tuos: & præterea dedi tuo nomine, idest, ita, ut tibi redderentur, & qui accipiebat, soli tibi obligaretur ex ea caussa, quasi a te mutuum accepisset. Accessit hoc etiam ad dubitationem, quod dedi absente te & ignorante. Quæritur, an ex ea numeratione ulla sit actio. Nullam esse quis dixerit, quia nec mihi esse possit, nec tibi. Non utique mihi: quia id actum est, ut tibi acquireretur obligatio, non mihi: nec præterquam quod actum & consensum est, ulla numeratio accipientem obligat. *L. non omnis,*

omnis, infr. eod. Tibi, ut videtur, multo minus. Regulæ ioris reclamant, quæ vetant quemquam ita contrahere, nt alter suo nomine agat: & generaliter per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, quidquam acquiri vetant, præter possessionem, & per possessionem dominium. *L. quæcunque gerimus, infr. de obl. & act. L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. de ver. obl. L. 1. C. de acq. poss.* Ut dicendum sit in hac specie, quod in simili breviter & argute comprehensum est in *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* actionem nec mihi quæsitam esse, nec tibi: dum mihi nolo, & tibi non possum: vel quod aliis verbis in eandem sententiam non minus eleganter dictum est in *L. si genero, C. de iur. do.* nec mihi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quæri potuisse actionem. Et omnino mihi ex hoc mutuo condictio non acquiretur, quia fit præter conventionem: arg. *d. L. non omnis, infr. eod. L. 1. §. 1. supr. de pact.* Verum alterum admittit Ulpianus de sententia veterum, condictionem tibi acqniri. Sed opponuntur, ut dixi, regulæ iuris, quæ ex alieno contractu alteri actionem acqniri non sinunt: de quo neque Ulpianus, neque veteres quidquam respondent. Dicendum est, si pecunia a me tuo nomine data, ita res acciperetur, quasi ego mutunm cnm accipiente contraxissem, non potnisse me cum alio contrahendo tibi obligationem vel actionem acquirere ex hoc contractu. Generaliter enim & sine exceptione ita definitum est in *L. quæcunque gerimus, infr. de obl. & act.* contrahere nos, ut alter suo nomine recte agat, non
2 posse. † Sed quod tuo nnmine mutuum dedi, perinde habendum est, quasi tu accipienti dedisses, non ego: denique quasi mutuum a te esset profectum, non a me. Quo fit, ut si hinc tibi acquiritur actio, hic eveniat maxime secundum regulas iuris, ut tibi acquiratur ex contractu & facto tuo, non autem ex alieno. Quominus tamen id dicamus, duo obstant, dominium rei datæ, & personarum consensus. Nam cum in mutuo dantem dominum esse oporteat; *L. 2. §. ult. sup. eod.* & præterea ut in contractu rem ita geri, ut qui dat, cum accipiente consentiat, quia nullus est contractus inter aliquos sine eorum conventione & consensu: *L. 1. §. 1. supr. de pact.* horum utrumque videtur in proposito tibi, cuius nomine nummos dedi, pariter defuisse. Nam neque antea dominus pecuniæ fuisti: & res proponitur gesta absente te & ignorante: proinde nec consentiente. Sed ne ob has caussas hic removeatur mutuum, & tibi tanquam re a te non contracta negetur condictio: animadverti debebit utrumque in hac specie intervenire, ut & tu voluntate mea dominus pecuniæ effectus sis, nec prius condictio tibi acquiratur, quam tu in re tuo nomine gesta consenseris. Quibus de caussis, veteribus & Ulpiano recte placuit hic tibi acqniri condictionem. Dominus eorum nummorum mea voluntate factus es: quia cum ego constitui tuo nomine possidere nummos, statim eorum possessio tibi volenti possidere, acquiritur. *L. quod meo, in pr. infr. de acq. poss.* ac per possessionem etiam dominium, ubi id agitur, ut nummi tui fiant. *L. traditio, §. ult. infra, de acq. rer. do.* Id ad hanc speciem non pertinet, dixerit aliquis: quoniam neque hoc modo, neque alio ullo nobis possessio acquiritur, nisi possidere volentibus, ut & supra recte complexi sumus. *L. ea quæ, infr. de acq. rer. do.* Non videtur autem in proposito volenti tibi possessio acquiri posse, ubi abfueris, & ignoraris,
quid tuo nomine gereretur. † Recte hoc 3
dicitur, quandiu abes & ignoras, quid actum sit. Sed quod hic dicitur acquiri tibi condictionem, sic intelligendum est: tibi volenti acquiri, cum scilicet admonitus me nummos meos dedisse tuo nomine quasi tuos, ratum habes, quod gestum est. Hæc ratihabitio secuta non ex illo solum valet, ex quo ratum habes; sed retro trahitur, ut iam a principio videantur omnia tua voluntate esse gesta, quasi te præsente & mandante gesta essent. *L. ult. C. ad Maced. L. licet, supr. de iud.* Nam quod de tua ratihabitione nihil nominatim hic adiicitur, ideo factum est, quia non fuit necesse: cum satis intelligeretur ex quæstione, quæ ita proponitur, quasi tu ex ea caussa velles agere, & solum hoc quæratur, an tibi competat actio. De quo ut nihil hinc liqueret; tamen necesse est ita intelligi, cum plus quam certum sit invito neque possessionem, neque dominium, neque actionem, nihil denique acquiri posse. *L. invito, infr. de reg. iur.* Ex his potest intelligi, quid de consensu respondeamus. Nempe quandiu abes & ignoras, non consentis: proinde & mutuum pendet, neque interim acquiritur tibi condictio; sed admonito & agere volenti continuo acquiritur: quia ideo agere vis, quod negotium tuo nomine gestum ratum habes, quo fit, ut iam videatur mutuum tuo consensu ab initio esse contractum. Ut autem perspicere liceat Ulpianum sentire condictionem tibi in proposito acquiri ob eam solum caussam, quod

ratum

ratum habeas, ut dixi: ipse ad confirmationem prioris sententiæ suæ utitur hoc argumento. Nam si dederim alicui pecuniam mutuo tuo nomine, idque voluntate & mandatu tuo: non dubitatur, quin tibi acquiratur obligatio. Ex quo intelligi vult idem & tunc probandum esse, cum dedi tuo nomine, licet absente te & ignorante. Non recte dicet aliquis, ista tam dissimilia Ulpianus comparat, cum illic te volente res geratur; hic nullo modo te consentiente. Hoc ita esset, si tu in specie proposita nunquam probares, quod tuo nomine gestum est. Nunc cum ita velimus tibi condictionem acquiri, si gestum ratum habeas: nihil potuit fieri melius, quam quod istas species inter se comparavit. Certi enim iuris est ratihabitionem mandato comparari *d. L. ult. C. ad Mac. L. 1. §. quoties, infr. unde vi.* Cur ergo, cum tuo nnmine dedi pecuniam mandatu tun, condictio tibi acquiritur? non alia de caussa omnino, quam quia quod tuo mandatu feci, perinde habetur, quasi abs te factum esset. argum. *L. 5. §. gessisse, infr. de ad. tut. L. 1. §. deiecisse, & seq. infr. unde vi.* Sit ergo idem iuris & tunc, cum pecuniam dedi te ignorante tuo nomine, & re cognita quod gestum est, ratum habuisti. Addit Ulpianus, tanto magis hanc sententiam de condictione in proposito tibi acquirenda retinendam, quod *quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro:* in quo omnes admittunt mutuum contrahi, & nobis acquiri con-
4 dictinnem. † Quibus verbis non significat, quamvis id contra ius fiat, tamen admittendum esse tantum ideo, quia fieri solitum sit. Nihil enim contra ius, quod non iniustum; nec quidquam iniustum admittendum, quocumque errore, & quacunque licentia homines contra faciant. *L. non dubium, C. de leg.* Sed hoc significat, superiorem sententiam ideo admittendam, quia utilis sit, & ex regulis iuris. Huius autem rei argumentum esse, quod vulgo recepta sit, & secundum hanc mutuum confici, & valere: ut intelligamus in eo argumentum esse non ab errore vulgi, sed a consensu & auctoritate iuris prudentium, quibus assentientibus huiusmodi mutuum vulgo receptum sit, & sit in usu. Quo argumento multa pro iure certo proponi in libris nostris scimus, ut indicant *L. 2. infr. de usur. L. quod vulgo, infra, pro em. L. 1. §. quod vulgo, infr. unde vi.* Quid, si tu cum rescisti nummos meos a me tuo nomine datos, id ratum non habeas, & nomen repudies? Iam dixi condictionem tibi non acquiri: absurdum enim esse acquiri invito. *L. in-
vito, infr. de reg. iur.* † Quid mihi, an 5
non hoc casu saltem condictio dabitur? Tanquam ex mutui caussa condictio mihi competere non potest. Non enim dedi nummos, ut mihi eo nomine obligatio acquireretur: neque porro in re quæ ex consensu pendet, aliter acquiri potest. *d. L. non omnis, infr. eod. L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Sed condictio dabitur ob caussam dati caussa non secuta. Dedi enim, ut mutui obligatio alteri acquireretur: quæ caussa cum hic secuta non sit, locum faciet huic condictioni. *L. si
extraneus, infr. de cond. cau. dat.* † 6
Quid, si ego nummos meos tanquam meos & meo nomine dederim; sed ea lege, ut tibi redderentur? Hic tibi secundum regulas iuris condictio acquiri non potest. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. & act.* nam nec si mutuum dedissem meo nomine, aut simpliciter, & tibi reddi nominatim stipulatus essem, tibi acquireretur actio; sed stipulatio esset inutilis, ut supra scriptum est *ead. L. §. numeravi.* Sed hæc stricto iure ita sunt: cæterum quæ actio in hac specie mihi qui pecuniam dedi adversus accipientem competeret, ea utilis tibi dabitur, tanquam in te translata mea voluntate: ut fit in *L. pen. C. ad exh. L. quoties, C. de don. quæ sub mo.* de quo scripsi ad *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de verb. obl.*

Ad §. Deposui apud te.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva & Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua, tibi hæc posse aiunt, & est verum, ut & Marcello videtur: animo enim cœpit possidere. Ergo transit ad eum periculum, qui mutuum rogavit, & poterit condici.

SUMMARIA.

1. *Deposita pecunia fit depositarii & mutua, simulatque dominus roganti depositario permisit uti ex mutui caussa.*
2. *Animo possidere cœpisse depositarius cur hic dicatur.*
3. *Mutuo contracto pecunia periculo est debitoris.*

Tertia species est ex tribus propositis, in qua nummis mutui caussa datis, quæritur, an sit mutuum: unde & de condictione dubitatur. Deposui apud te pecuniam: deinde me rogasti, ut ea esset tibi mutua: quod factum esse etsi in principio non proponitur; tamen satis declaratur in extremo his verbis: *ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit.* Ego roganti tibi permisi uti: nam his verbis initio factum proponitur. Est autem hic sensus, consensi, ut pecunia tibi esset mutua, uti rogaveras: ut scilicet responsum conveniat interrogationi tuæ; permissus petitioni. Quæsitum est, an hac conventione atque hoc permissu pecunia etiam prius, quam moveatur, efficiatur mutua, ut sic possim tibi condicere tanquam mutuam. Iusta caussa est, cur non videatur hic mutua fieri. Prius est enim, ut tuam faciam, quam ut dicatur esse mutua. *L. 2. §. appellata, supr.* Quominus autem eam tuam fecerim hoc consensu, duo impedire videntur. Primum quod pecuniam tibi non tradidi: ac sine traditione dominia rerum, præterquam in quibusdam caussis, in quibus non est translatio, quæ fit inter vivos, necessaria, non transferuntur. *L. traditionibus, C. de pac.* Deinde quod etsi obtulissem tibi pecuniam, tamen ipse hac oblatione possessionem eius nactus non es: proponitur enim pecunia a te loco mota non esse: ex possessione autem iure gentium dominium nascitur: ut proinde nisi re a te possessa dominus rei non fias. *L. 1. in pr. infr. de*
1 *acq. poss.* † Ulpianus sententiam veterum hic quoque secutus, statuit in specie propositа pecuniam etiam ante, quam moveatur, mutuam effici, & tanquam mutuam tibi a me condici posse. Et quoniam intelligebat de dominio pecuniæ id obstare, quod supra dixi; ratione subiecta ostendit non esse metuendum, ne hic non videatur dominium pecuniæ in te translatum quasi re tibi non tradita, aut a te non possessa: *animo enim*, inquit, *cœpisti possidere*. Qua ratione utramque illam obiectionem superiorem paucis removet. Quisquis enim voluntate domini possessionem rei nanciscitur, is statim dominus rei efficitur iure gentium: quo iure, ut dixi, ex possessione nascitur dominium. *d. L. 1. in pr. infr. de acq. poss.* Nam quod dicitur dominium sine traditione sola voluntate domini non acquiri, ad hanc speciem non pertinet: tunc enim id locum habet, cum apud eum, quem dominum fieri volumus, res non fuit. Quod si iam tum fuit apud eum, puta vel commodata ei, vel apud eum deposita, sola voluntas domini sufficiet ad rem transferendum. *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. do.* Quod hic contigit, ubi de pecunia agitur apud eum deposita, cui mutuam fieri volui: & quorsum traditio huius pecuniæ, nisi ut tradita esset apud te? id vero depositione pecuniæ iam ante satis es consecutus. † Quod si 2
ad dominium hic transferendum saltem hoc quæritur, ut pecuniam possidere cœperis; id quoque in hac specie contigit. Simul enim atque permisi tibi roganti nummis uti, quamvis eos non attigeris, cœpisti animo possidere, dum hoc animo es, ut eam pecuniam non iam ex caussa depositi, ut ante, sed animo domini ut in te ex caussa mutui translatum teneas. Est enim possidere, affectu dominantis tenere, ut recte Theophilus definit in §. *idem placet, Inst. per quas per. no. acq.* idque ex sententia eius loci, Nec refragatur huic sententiæ, quod traditur, possessionem solo animo non acquiri, sed simul animo & corpore. *L. 3. in pr. L. quemadmodum, infr. de acq. poss.* Non enim qui dicit te in hac caussa animo cœpisse possidere, is dicit te possidere cœpisse

pisse solo animo. Utrumque verum est, & te hic cœpisse possidere animo, & tamen non nisi animo & corpore simul cœpisse. Diceris animo cœpisse possidere, quia ab animo prius non possidebas: non enim rem tenebas domini opinione vel affectu: nunc primum id cœpisti facere, cum pecuniam voluntate domini pro tua habere cœpisti. At eodem tempore evenit, ut simul & corpore incipias possidere: prius enim acceptam corpore tenebas, & eodem modo etiam nunc tenes: ut consequens sit, animo dominantis huic detentioni accedente, id te eodem tempore consequi, ut coniunctim incipias utroque modo rem possidere, & animo & corpore. Tenere quidem corpore non nunc primum incipis, si quis de detentione corporali separatim loquatur, cum etiam prius teneres: at tenere corpore coniunctim cum animo & affectu dominantis, necesse est, ut nunc primum dicaris incipere, cum simul utrumque prius non feceris. Quare ut in hac caussa dicatur pecunia mutua facta esse, omnia sunt in eo regulis iuris de acquirenda possessione, & transferendo pecuniæ dominio, nec non regulis mutui consentanea. Illud potuit dubitari, quid opus fuerit in hac specie laborare, utrum postquam permisi tibi pecunia uti, cœperit ea pecunia tibi mutua fieri, necne: cum etsi mutua non fiat, nihilominus de ea reddenda mihi tenearis ex caussa depositi. Ad hoc expediendum referri debet, quod Ulpianus scribit in extremo: † *ergo*, inquit, *transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit*. Effectus hic est mutui contracti; quo ostenditur, quid referat in proposito, utrum post illum permissum meum dicamus pecuniam depositam manere, an fieri mutuam. Nam si manet deposita, & res perit postea sine dolo malo depositarii, periculum eius non est, quantumvis mutuam rogaverit; sed eius qui deposuit. *§. præterea, Inst. quib. mo. re con. ob.* Quod si fit mutua, periculum est eius, qui rogavit, non eius qui dedit, *§. item is, Inst. quib. mo. re con. ob.* 3

Ad L. Quod si ab initio. 10.

Idem Lib. 2. ad Edictum.

Quod si ab initio cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero: creditam non esse antequam mota sit. Quoniam debitum iri non est certum.

S U M M A R I A.

1. *Deposita pecunia apud te hoc pacto, ut tibi esset mutua si voles, non prius fiet mutua, quam eam loco moveris, ut uterere; & cur.*
2. *Differentiæ ratio inter speciem huius loci & præcedentem.*

Quod supra dictum est, si pecunia mea quam apud te deposueram, permittam tibi uti, confestim eam mutuam fieri, & tibi condici posse: in ea specie dictum est, cum roganti tibi, ut esset mu-
1 tua, permisi ea uti. † Diversum esse hoc loco Ulpianus scribit, si te mutuum non rogante deposuerim apud te pecuniam, & officii caussa, ut fit, cum deponerem, dixerim ita apud te esse depositam, ut liceret tibi uti, si velles: hic enim creditam non esse ante, quam mota sit: *quoniam debitum iri non est certum*. Significat his verbis mutuum hic non permitti simpliciter, ut quis dicat id statim contrahi ut in superiore specie: sed permitti sub conditione, quæ vere sit conditio, utpote ex qua debitum iri, idest, quam extituram esse certum non est: nam alioqui habenda non esset pro conditione. *L. quod si ea, infr. de cond. ind. L. si pupillus, §. quod sub conditione, infr. de novat.* Hinc fieri, ut mutuum sub conditione datum non prius constituatur, quam conditio extiterit: hanc autem conditionem, *si uti voles*, tunc exsistere, cum uti cœperis, quod fit pecuniam movendo & contrectando, non ante. Et quod vult mutuum hic contrahi sub conditione, expeditum est: hæc enim adiectio, *si voles*, omnium consensu conditionem habet. *L. si ita legatum, §. 1. infr. de legat. 1. L. si ita expressum, infr. de cond. & dem.* nec dubium est, quin possit non exsistere: cum sit in tua potestate pecunia non uti. Nec minus & illud certi iuris est, quod sub conditione datum est, non prius confirmari, quam conditio exstiterit. *L. proinde, supr. eod. L. qui absenti. §. 1. infr. de acq. poss.* Illud habet dubitationem, quod

quod scribit peenniam in proposito ereditam non esse ante, quam mota sit: innuens nimirum conditionem non prius exsistere, quam si pecuniam loco moveris: quantumvis ante apud te statueris, atque adeo verbis palam declararis te ea uti velle. In quo videtur aperte contra verba conditionis facere: est enim hæc conditio, non si pecuniam loco movebis, aut ea utere, sed si ea uti voles: quid autem prohibet, quominus uti velis, etiam si eam non moveas? Sed recte Ulpianus. Etsi enim verum est condictionem hanc, *si uti voles*, tunc exsistere natura, cum primum volueris: tamen non est satis dicere te uti velle, nisi etiam hanc voluntatem re comprobes. Hoc autem ita fit, si re vera utare, & ea gratia pecuniam loco moveas: ut dicendum sit prius quam id facias, non tam ius deficere, quo fiat ut conditio exstiterit, quam probationem, iuxta *L. duo*
2 *sunt, infr. de test. tut.* † Cur ergo in specie illa priore, cum re apud te deposita, postea roganti tibi mutuam permisi sine conditione ut ea uiereris, placet statim pecuniam fieri mutuam, etiam prius quam moveris: cum utrobique unum & idem tibi permittatur & iisdem verbis, nempe pecunia uti, quæ apud te est deposita? Res concessa non distinguit has species, sed conditio. Utrobique concessus est tibi usus, idest, potestas utendi: ius, inquam; non factum, idest, motio, aut contrectatio pecuniæ: denique utrobique his verbis pecunia mutuo data est: quia iure tuo pecunia uti non possis, nisi sit mutua. Sed ideo in superiore specie statim fit mutua, quia placet esse mutuam sine conditione, & ideo sive utaris, sive non utaris: in posteriore sub conditione, *si uti voles*, idest, *si utare*, ut interpretandum hic esse docuimus: proinde ante quam utare, non potest esse mutuum: non quia non sit datum iisdem verbis, sed quia ita sit datum, ut suspensum sit conditione: ante cuius eventum non contrahitur.

Ad L. Rogasti 11.

Idem lib. 23. ad Edictum.

Rogasti me ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis utereris: si vendideris, puto pecuniam mutuam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes: utrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: ut si venalem habui, mihi perierit: quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fuit hoc propositum, ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse: & maxime si sine usuris credidi.

S U M M A R I A.

1. *Specie data, ut eam venderes & nummis utereris, quando mutuum contrahatur.*
2. *Specie vendita & pretio accepto nummos fieri mutuos; & quam recte hoc dicatur.*
3. L. qui negotia, mand. *quam conveniat cum hac* L. rogasti.
4. *Species vendenda data in hac specie si non vendatur, qua actione repeti possit, si exstet: ea deperdita, cuius periculum sit.*
5. *Usuræ mutuo additæ non faciunt, ut in re mutui caussa data etiam creditoris utilitas versari intelligatur.*

SIVE species quæ sequuntur hac *L.* & 2. *seqq.* sunt ex iis, quas Ulpianus in *L. certi*, §. *quoniam*, *supr.* proposuit se referre velle, & in his quærere, an certi condictio ad petitionem earum sufficiat; sive non sunt, sed in his proprie de mutuo agit, ad quod post explicationem certi condictionis transiit: (nihil enim possumus affirmare, cum sint hæc capita ex eodem libro Ulpiani, & prioribus illis non admodum dissimilia, de mutuo tamen) certe hoc constat subiici species ad caussam mutui pertinentes, in quibus quæritur, re data mutui caussa, non tam an sit condictio, quam an contrahatur mutuum, & si non contrahitur, quæ sit inde actio vel domino rei datæ, vel ei qui dedit. Quare hoc quæramus, omissa anxiore quæstione, quod fuerit consilium Ulpiani in his persequendis, quod ex his fragmentis cogno-

cognoscere satis non possumus: præsertim
cum quæstio sit inutilis, dum res intelli-
gatur. Rogasti me ut tibi pecuniam mu-
tuam darem: ego cum non haberem, lan-
cem tibi dedi, vel massam auri, ut eam
venderes, & nummis uwatereris. Hic pri-
mum quæsitum est de mutuo, an contra-
1 hatur, & quando. † Et si rem non ven-
dideris, constat mutuum non contrahi.
Etsi enim res datæ essent, in quibus mu-
tuum consistere potuit; non tamen datæ
sunt mutui caussa, sed venditionis: nul-
lus autem contractus est sine consensu.
L. 1. §. 1. *supr. de pact.* Ideo cum Ul-
pianus hic diceret mutuam pecuniam fa-
ctam: addidit conditionem, si vendide-
ris. Sed etsi vendideris, non continuo
pretium mutuum efficitur: non enim fit,
si non acceperis, ut declarat idem in *L.
rogasti, infr. de præs. ver.* ubi in hac
ipsa specie scribit rei nomine quam tibi
dedi, me tecum præscriptis verbis agere
debere, si non vendidisti, aut vendidisti
quidem, pecuniam autem non accepisti.
Non est adversus te præscriptis verbis a-
ctio re vendita & pretio nondum acce-
pto, si alia vulgaris & usitata competit.
L. 1. 2. 3. *infr. de præsc. ver.* hæc au-
tem competit, si competit certi condictio
ex mutuo, ut docuimus ad *L. certi, sup.
eod.* Et certe non potest pecunia tibi esse
mutua, quæ tua nunquam facta est. *L.* 2.
§. *appellata, supr. eod.* Neque unquam
tua facta est, quæ tibi non est tradita aut
a me, aut ab alio. Quid est igitur, quod
hic Ulpianus pecuniam mutuam factam ait
solum, si vendideris: neque addit, & pre-
tium acceperis? Putavit id satis intelligi
ex narratione facti: id enim actum esse
propositum erat, ut rem venderes, & num-
mis watereris, nempe acceptis: quoniam
nisi acceptis uti non potes. Ita cum re-
spondet nummos mutuos factos, de acce-
ptis respondere intelligitur, de quibus quæ-
stio præcesserat, ut congruat responsum
interrogationi, arg. in §. *præterea, Inst.
2 de inut. stip.* † Interim hoc statuit, si rem
vendideris in specie proposita, & pretium
acceperis, mutuam hanc pecuniam factam
esse. At & hoc ipsum habuit dubitatio-
nem. Neque vero ut fiat tibi mutua, re-
gulæ mutui pati videntur. Quia enim mu-
tuum re contrahitur, non perficitur nuda
conventione, sed pecuniam accipienti tradi
oportet. Neque id satis; sed ut est na-
tura mutui, sic tradi oportet, ut fiat ac-
cipientis. *L.* 2. §. *appellata*, §. *pen.* &
ult. supr. eod. Et quia idem constat etiam
consensu, nihil prodest pecuniam dedisse,
nisi & qui dat, det ut sit mutua, & qui
accipit, tanquam mutuam accipiat. *L. si
ego, infr. eod.* In summa in mutuo esse
oportet, qui det, non simpliciter, sed qui
det mutuum, seu mutui caussa; & con-
tra esse, qui hoc animo accipiat. At in
hac specie qui utrumque præstet, nemo
est. Dat quidem emptor tibi hanc pe-
cuniam, sed ut a se debitam ex caussa
empti, non tanquàm mutuam: ut libere-
tur obligatione empti, non ut quidquam
tecum contrahat: ut sine conventione &
animo mutui non possit esse ab illo mu-
tuum. Ego omnino eam pecuniam tibi non
do: ut quemadmodum ab emptore non
proficiscitur mutuum sine conventione &
animo mutui contrahendi: sic nec possit
a me proficisci sine pecuniæ datione:
quantumvis convenerit inter nos, ut ea
pecunia, quam ab alio accepisti non meo
nomine, esset tibi mutua. Apparet autem
eam pecuniam, de qua agitur, a me non
proficisci: quippe quam tibi emptor de-
derit, non ego, & is quidem suo nomine,
non meo. Dare autem, idest, tuam face-
re qui potui, qui ne tradiderim quidem:
cum sine traditione dominia rerum non
transferantur? *L. traditionibus, C. de pac.*
Imo & si tradidissem, ne sic quidem eam
potui tuam facere: Primum quia non fuit
mea, nec plus iuris traditio transferre po-
test in eum, qui accipit, quam fuit apud
eum qui tradit. *L. traditio, infr. de acq.
rer. do. L. nemo plus, infr. de reg. iur.*
Deinde quia hoc amplius pecunia tua fuit,
ab emptore eodemque domino in te trans-
lata: nec qui alicuius rei dominus est,
amplius eius dominus fieri potest. §. *sic
itaque, Inst. de act.* Ita cum eam pecu-
niam tuam non fecerim, ac ne tradide-
rim quidem tibi; relinquitur sola conven-
tio, qua convenit inter nos, ut esset mu-
tua: sola conventione mutuum non con-
trahitur. Auxit dubitationem responsum
Africani in *L. qui negotia, infr. man.*
qui prope diserte & ex professo in hac
ipsa specie negare videtur pecuniam mu-
tuam fieri. Et hæc quidem adversus sen-
tentiam huius loci de mutuo differuntur.
Sed neque natura mutui efficit, quomi-
nus hic recte dicatur esse mutuum, nec
Africani responsum adversatur. Recte hic
exigitur omnino pro natura mutui, non
solum ut de pecunia, quam accepisti,
convenerit inter nos, ut esset mutua, sed
etiam ut sit a me profecta, & a me tibi
data. Sed ut id exigimus, ita fit etiam in
hac specie, si non recta & aperte at certe
ita, ut quod fit, hoc eandem vim habeat.
Ego pecuniam naturaliter tibi non dedi:
sed dedi lancem, ut venderes, & ea ven-
dita

dita voluntate & beneficio meo per caussam eius rei pretium es consecutus: perinde hoc habendum est, quasi vendidissem ipse, & pecuniam inde redactam tibi tradidissem. Et certe si in caussa damni dati, ubi de delicto agitur, & ubi ad obligandum ut in re odiosa tardiores esse debemus, arg. in *L. cum quidam, infr. de lib. & post.* tamen vere dicitur eum videri damnum dedisse, qui præbuit caussam damni: *L. qui occidit*, *§. ult. supr. ad leg. Aqui. L.* 4. *§. pen. in fin. infr. de vi bo. rap.* multo magis in contrahendo is pecuniam dedisse dicendus est, qui eius habendæ caussam dedit. † Plus difficultatis obiicit responsum Africani in *d. L. qui negotia, infr. man.* Et omnino difficile est efficere, ne videatur in hac specie esse contrarium. Is enim cum disseruisset nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse: subiicit quod ad superiorem speciem pertinet in hæc verba: *his argumento esse eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset: nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: & tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum.* Scio tentari posse ex his verbis, ut dicamus, argentum quidem hic vendendum datum esse ab eo, qui mutuam pecuniam dare vellet, sed non esse vendendum datum mutui caussa: quia proponitur simpliciter datum esse, ut venderes; non etiam hoc adiecto, ut nummis utereris. Quod secus sit in specie huius loci de qua agimus: in qua argentum tibi dedi, non ut venderes tantum, sed nominatim ut venderes, & nummis utereris. Ideo in ea mutuum contrahi, quia & pecuniam tibi dedisse videar, & convenerit, ut esset mutua. In specie autem superiore Africani non esse mirum, si quamvis argento vendito, & pecunia inde recepta, tamen mutuum non contrahatur: quia mutuum non contrahatur sine conventione. *L.* 1. *§.* 1. *supr. de pac.* Sed quominus negemus in specie Africani argentum vendendum datum esse mutui caussa, & verbis eius loci, & manifesta sententia prohibemur. Nam in verbis, *qui argentum dedit*, nominatim proponitur dedisse, *cum pecuniam mutuam dare vellet:* quo significatur eum iam tum cum dabat, voluisse mutuum dare. Adiicit Africanus *pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum.* Non potuit periculo eius esse, nisi mutui animo data esset ita, ut qui accipiebat, vel iam nunc, vel quandoque ipse vellet, mutuam haberet, arg. *L.* 4. *supr. eod.* Institutum vero Africani, & finis ad quem exemplum superius refertur, satis quid ille sentiat, ostendit. Proposuerat nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse. Ad hoc probandum utitur superiore exemplo. Inepte, si in eo ita argentum vendendum datum est, ut de mutuo nihil convenisset, de conventione enim mutui quærebatur. Sed & frustra id adhibebitur ad rei propositæ probationem. Dicetur enim neminem dubitare, quin citra conventionem mutui non contrahatur mutuum, sed non si id receptum est, ideo consequens esse non contrahi conventione: proinde restare adhuc hanc quæstionem, an sola conventione contrahi possit. Quid ergo relinquitur, quominus videatur huic loco contrarium scripsisse Africanus? Mihi hoc relinqui videtur, ut fateamur quidem speciem ab illo proponi, in qua argentum vendendum datum sit, & datum mutui caussa, seu ab eo, qui pecuniam mutuam dare vellet, si haberet; sed retineamus id quod verba dant, datum esse argentum vendendum quidem; non tamen ita, ut nummis utereris. Quo intelligi volumus sic datum esse, ut ea datione statim esset mutuum non in pecunia ex argento redacta, sed in argento dato. Quæ res facit, ut omnino non sit mutuum: eoque verum sit, etsi is qui argentum dabat, pecuniam mutuam dare vellet, si haberet: nihilomagis pecuniam mutuam recte petiturum. Non enim erit mutuum in argento: quia hic species data est, in qua mutuum non consistit. *L.* 2. *§.* 1. *supr.* Non erit in nummis inde redactis: quia ut hi mutui essent, non convenit. Non obstat, quod dicitur is qui argentum dabat, id dedisse, non eum argentum mutuum, sed cum pecuniam mutuam dare vellet. Hoc enim sine vitio sic commode accipietur: cum pecuniam mutuam dare vellet, si haberet, & quia non habebat, ideo lancem argenteam dedit, ut pro mutuo cederet. Neque vero hoc sensu exemplum non optime conveniet instituto Africani. Propositum illi est dicere nuda conventione mutui non fieri pecuniam mutuam: sed ita, si præter conventionem ea quoque accedant, quæ mutuum desiderat. Ea sunt autem: res quæ intervenit, apta ad mutuum contrahendum, & eius rei datio. Sic igitur ille ratiocinatur: Ut si cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, nec haberem, lancem tibi dedi vendendam mutui caussa: non ideo contrahitur mutuum, neque lance non vendita, neque ea vendita, & pretio inde redacto, quia etsi de mutuo convenit, tamen deest

res

res apta ad mutuum contrahendum: Ita in quæstione a me proposita, etsi de pecunia convenerit, ut esset mutua, quam constat mutuo dari posse, si tamen convenit solum, neque tibi data est, mutuum non contrahetur: quia hic quoque deest aliud, quod mutuum desiderat, nempe ut pecunia detur, quam mutuam esse volumus. In summa species ab Africano ita proposita est, quasi lancem argenteam tibi vendendam dederim mutui quidem caussa; non tamen ita, ut eo usque exspectares, donec venderes, & pecunia inde redacta esset mutua: quæ res mutuum impedit. Hic tibi dedi lancem ut venderes, & pecunia ex pretio redacta in mutui caussam converteretur. In qua pecunia cum mutuum consistere potuerit, & convenerit, ut esset mutua, perinde sit autem, quasi eam tibi dederim: omnia concurrunt, cur existimari debeat mutua esse facta, cum vendideris lancem, & pretium acceperis. Interim quidquid de mutuo eius pecuniæ statuerimus, hoc convenit inter omnes veteres, non contrahi mutuum prius, 4 quam eam lancem vendideris. † Hinc de lancis obligatione in hac specie tractatum est. Quid enim, si nondum vendideris, sed apud te retineas? Quid, si nec vendideris, & certum sit te vendere non posse, quia eam amiseris? Et si quidem apud te exstat, nec eam vendis, constat te teneri, ut reddas: si non ob aliud, certe ob hanc caussam, quod acceperis, ut venderes, quæ caussa secuta non fuerit. Quia tamen accepisti etiam mutui caussa, ideo hic quæsitum est de genere contractus, ut constaret etiam de actione. Et placuit me tecum agere debere præscriptis verbis: de quo idem Ulpianus auctor huius loci in *L. rogasti, infr. de præs. ver.* Quod si lancem perdideris, prius quam venderes, quæsitum est, an adhuc tenearis: in quo quæritur de periculo rei, & utrum tibi perierit, an mihi. De quo hic secundo loco subiicitur. Et distinctio in aliis contractibus omnibus recepta postulare videbatur, ut diceremus, si quidem tua culpa amissa sit, eam tibi periisse, sive utilitas tantum tua in hoc contractu versetur, sive mea & tua; sin perierit casu sine culpa tua; utrobique contra evenire, ut meo periculo perierit, non tuo; quia casus fortuiti a nullo debitore præstentur. *L. si ut certo, §. nunc videndum, & 2. §§. seqq. infr. com. L. contractus, infr. de reg. iur.* Sed hoc in hac specie non per omnia placuit: quod quoniam illis positis, quæ dixerat, secus poterat videri, ideo ne quis ex illis esset error, commodissime de eo subiecit. Et de culpa tua idem hic quod in aliis caussis servari citra controversiam æquum est, cum utilitas tua in hoc contractu versetur. Ideo hac parte tanquam explorata prætermissa de eo solum quæstio posita est; si lancem sine culpa tua perdideris, idest, si casu. In eo autem ita distinguitur, ut si mea quoque caussa res gesta sit, quod ita fit, si venalem eam lancem habuerim: mihi perierit. Quod si tui tantum commodi caussa ego dederim, quia non fui hoc proposito, ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi, ut tu utereris: perierit tibi. Prius ex eadem distinctione est, & est æquissimum ubique servari, quandiu contractus a mutuo recedat: quod accidit tunc, cum in re danda & mea & tua utilitas vertitur: id enim aliter fit in mutuo. Posterius cum superiori distinctioni, & notis regulis iuris adversetur, quæritur, quomodo defendatur. Sic enim traditur, ubi nulla culpa debitoris interveniat, rem alienam, quæ apud debitorem sit, domino perire. *L. pignus, C. de pig. act.* item: casus fortuitos a nullo præstari. *L. contractus, in fi. infr. de reg. iur. l. quæ fortuitis, C. de pig. act.* item: omnem debitorem, qui rem certam præstare debeat, quod sine eius culpa factum sit, eius interitu liberari. *L. quod te, supr. eod. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Utque intelligatur, nihil ad rem pertinere, si in eo contractu solius accipientis utilitas agatur, facit exemplum commodati; quod cum accipientis tantum caussa dari soleat, constat tamen etiam in hoc genere casus fortuitos a debitore non præstari. *L. si ut certo, §. quod vero, infr. com. §. item is, Inst. quib. mo. re contr. obl.* Et vero his rebus moti alii vulgo fatentur ne hic quidem lancem perire tibi, si vere casu amissa sit: & quod hic dicitur, si sine tua culpa res pereat, tibi eam perire: culpam interpretantur, quæ aut lata sit, aut levis, non etiam quæ levissima: ut sit sensus, si sine culpa tua lata, aut levi perierit, tuum id periculum esse; si sine levissima, non esse. Quasi culpa levissima, non sit culpa: aut quasi in simili specie in *L. 4. supr. eod.* non aperte scriptum sit speciem quæ mutui caussa data est, etiam mutuo nondum contracto esse periculo eius, qui accepit. Scimus autem, cum rem periculo alicuius esse dicunt iuris auctores, periculi verbo quid significent. Sed hoc refelli pluribus ad *d. L. 4. supr.* Non dubium est, quin Ulpianus & hic, & illic hoc exprimat, speciem omnem, quæ alicui

cui tradita sit futuri mutui caussa, si modo tradita sit ei, qui prius mutuum rogarit, & tradita ab eo, qui nullam aliam caussam rei tradendæ haberet, quam ut ei qui rogavit, consuleret, quo is pecuniam mutuam nancisceretur: hanc, inquam, omnem speciem etiam prius quam mutuum sequatur, periculo eius esse, qui accepit, quamvis sine ulla eius culpa & casu fortuito perierit. Non obstant, quæ supra retulimus de casibus fortuitis a debitore non præstandis: hæc enim in mutuo locum non habent. *d.* §. *item*, *Inst. quib. mo. re contr. obl.* Placet in eadem caussa esse res cæteras, in quibus mutuum non contrahitur, si mutui caussa datæ sint ita, ut qui dedit, nec caussam nec propositum ullum habuerit, nisi mutui dandi. Cuius rei rationem reddidi in *d. L.* 4. Ait Ulpianus lance deperdita tibi eam periisse, & addit, ET MAXIME SI SINE USU-
5 RIS CREDIDI. † Unde colligitur etiam tunc tuum periculum fore, cum pecuniam tibi sub usuris crediderim. Atqui prius dixeras, si lancem tibi dederim & in eo utriusque nostrum utilitas versetur, lancem mihi perire, si casu eam perdideris. An non ergo utriusque nostrum caussa negotium geritur, cum lancem tibi do, ut mutuam pecuniam inde habeas, ego usuras a te accipiam? Si quod per accessionem & consequentiam fit, spectamus, dici potest geri; at si id, quod principaliter, omnino non geritur. Sors enim ipsa, quæ mutuo datur, tota debitoris caussa comparata est, non creditoris: tametsi per consequentiam mutui evenit, ut propter usum pecuniæ aliquid accipiam. Porro quod principaliter fit, spectare debemus, non quod per consequentiam. argum. in *L.* 1. *infr. de auct. tut.* Quamquam si vere iudicare volumus, simpliciter recte dicturi videmur in totum neque in lance vendenda data, neque in mutuo, cuius caussa lanx datur, meam utilitatem contineri propter usuras, non solum principaliter, sed ne per consequentiam quidem. Quod enim usuras percipio, neque ex lancis venditione consequor, neque ex mutuo. De lancis venditione certum est. De mutuo potest dubitari, cum per caussam mutui usuras habeam. Sed & hoc nihilominus verum est. Usuræ enim non ex mutuo, aut propter mutuum, sed propter usum pecuniæ mutuo datæ percipiuntur. Inter quæ multum interest. Fieri enim potest, ut quis mutua pecunia non utatur, sed statim eam reddat, atque ita usuras non debeat, quia nullus pecuniæ usus fuerit: cum tamen mutuum fuisse constet. Nam ideo reddidit, quia prius mutuum acceperat. Ut autem in alterutro negotio utilitas mea versetur propter usuras, quæ mihi debentur, prius est, ut eas usuras ex eorum alterutro, aut certe propter alterutrum percipiam.

Ad §. Si tibi decem dedero.

Si tibi decem dedero [sic] ut novem debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed & si decem dedero, ut undecim debeas: putat Proculus amplius, quam decem, condici non posse.

SUMMARIA.

1. *Decem datis eo pacto, ut novem reddas, non nisi novem deberi.*
2. *Mutuo decem datis ea lege, ut undecim debeantur, amplius quam decem condici non posse nec usuræ nomine, nec iure donationis.*

MUtuum constat numeratione. *L.* 2. § *creditum*, *supr.* sed constat etiam consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Alterum si deest, mutuum non erit. Ex hoc iure de utraque hac specie recte respon-
1 detur. † Dedi tibi decem eo pacto, ut novem mihi debeas. Placet amplius quam novem non deberi, & quidem ipso iure. Recte: etsi enim numerata sunt decem; non tamen convenit, ut amplius deberes, quam novem: sine conventione non est mutuum. Etsi convenerit, ut novem tantum mihi deberes, addita taxativa particula *tantum*, aut alia simili aliqua, expeditum est. At quid, si dictum sit simpliciter, ut novem deberes, ut hic factum proponitur: etiam ne hic videtur actum esse, ne decimum debeatur? Prima fronte non videtur: neque enim novem nummorum obligatio maiorem obligationem exclusit, cum fieri possit, ut qui novem debet, etiam decem debeat. Propone eum, qui decem debet. Verum est hunc debere novem, quia in decem novem insunt; & nihilominus eumdem amplius quam novem debere certum est. Et sane conceden

deudum eſt, non ideo te non debere decem, quia novem debeas, ſed quia decem dando nominatim convenit, ut novem deberes: perſpicuum eſt hac conventione id ipſum actum eſſe, ut id ſolum debeas: alioqui nequidquam id caveatur: cum ſine hac lege æque futurum fuerit, ut decem, & propter decem novem deberes. Semper autem, quod nominatim cautum eſt, ſic accipi oportet, ne ſupervacuo cautum videatur. arg. *L. ſi quando, infr. de legat.* 1. *L.* 1. *in fin. infr. ad municip. L. quoties in infr. de reb. dub.* Et certe qui ex pluribus numeratis, quædam debitum iri nominatim cavet, aperte alia excludere intelligitur, ne debeantur: alioqui quorſum illa ab his diſtinguat? Ergo hoc conſtat in ſpecie propoſita decimum ex mutui cauſſa non deberi. Sed cur dici non poſſit deberi abs te ita, tanquam quod ſit apud te ſine cauſſa? Et vero id ita eſſe neceſſe eſt, niſi tibi ſit donatum. At hic nihil verbis donatum proponitur: neque in re dubia donare quiſquam exiſtimandus eſt. *L. cum de indebito, infr. de prob.* Quidquid porro apud aliquem eſt ſine cauſſa, id conſtat ab eo condictione ſine cauſſa repeti poſſe. *L.* 1. *infr. de cond. ſin. cau. L. pen. infr. de cond. ind.* Sed ſi verum eſt, quod diximus ex decem numeratis id agi ne decimum debeatur, apparet id ipſum hac conventione donari: ſi quidem id donari intelligitur, quod nullo iure cogente ita datur, ne unquam repetatur. *L.* 1. *L. donari, infr. de don.* Donatio in primis iuſta cauſſa eſt rei transferendæ. §. *per traditionem, Inſt. de rer. diviſ. tit. pro dot. infr.* Proinde eiuſmodi, quæ in non errante omnem condictionem & repetitionem excludat. *L. ſi repetendi, C. de cond. ob cauſ. L. in ſumma,* §. *id quoque, infr. de cond. ind.* Ita veriſſime hic dicitur, in ſpecie propoſita abſolute non amplius te debere, quam decem. Bene vero adiectum eſt ipſo iure. Nihil enim debetur iure, niſi ex iuſtis & conſtitutis cauſſis: qualis in propoſito de decem nulla eſt, ubi deeſt conventio. Nam quod dicitur pacto conventio non liberari quem ipſo iure, ſed tantum per exceptionem. *L.* 5. *C. de pact. L. ſi unus,* §. *pactus, ſupr. eod.* huc non pertinet: neque enim dici poteſt pacto liberari, qui ab initio obli-
2 gatus non fuit. † Rurſum dedi tibi decem ea lege, ut undecim debeas. Cur non ſicut valet conventio, ut minus debeas: ita ſi in dando convenerit, ut plus deberes, non valebit? Et placet decem deberi, in quæ conventio & numeratio concurrunt: id quod excedit, non deberi. Recte hoc quoque: non quod hic non æque conventio ſervanda ſit, ut ſupra, ſi modo cætera concurrerent, quæ mutuum deſiderat; ſed quia in eo quod excedit, deeſt numeratio, ſine qua non eſt mutuum Nec quiſquam hic moveatur eo, quod traditur, in traditionibus rerum, quodcunque pactum ſit, id valere. *L. in traditionibus, ſupr. de pact.* Id enim ex edicti exceptione perpetua hactenus verum eſt, niſi ſit contra leges. *L.* 7. §. *ait prætor, ſupr. de pact. L. pacta quæ contra. C. eod.* Eſt autem ut contra naturam, ita & contra ius, ut re contrahatur obligatio ultra, quam datum eſt: qua ratione hæc ſententia defenditur a Paulo in *L. ſi tibi, ſupr. de pact.* Et ſane facile quis conceſſerit hic ultra decem mutuum non eſſe. Sed quid refert, ſi quod amplius eſt, alio iure quam mutui poteſt deberi? Videamus autem, dixerit aliquis, ne aut tanquam uſura, aut tanquam donatio iure defendatur. Nam uſuras ſupra quam datum eſt, recte accipi conſtat: & pactum donationis ex conſtitutione Iuſtiniani ubique valet. *L. ſi quis argentum,* §. *ult. C. de don.* Et quod hic ut mutuum pacto valere non poteſt, multo minus tanquam uſura, aut donatio valebit. Uſuræ ultra id quod datum eſt, deberi & peti poſſunt: ſed dum hæ ſint promiſſæ, & promiſſæ ita, ut iure oportet: quorum neutrum in hac conventione accidit. Nam ut videantur promiſſæ, verba conditionis non ferunt: non ſolum quia nihil hic de uſuris expreſſum eſt; ſed etiam quia res in conventionem deducta uſuris adverſatur. Harum enim hæc conditio eſt, ut quia præſtantur pro uſu pecuniæ, ideo & quandiu hic uſus perſeverat, tandiu uſurarum penſiones repetantur: hic autem decem dantur ea lege, ut pro eo uſu ſemel tantum unum aliquid præſtetur. Non eſt actori tribuendum ex conventione, quod in conventionem aperte deductum non eſt: cum etſi in ea aliquid ſit ambigui, verba adverſus eum interpretemur. *L. quidquid, L. ſtipulatio iſta,* §. *in ſtipulationibus, infr. de verb. obl. L. cum quæritur, infr. de reb. dub.* Sed demus hic id quod excedit, uſurarum nomine promiſſum eſſe: non tamen ita cautum eſt, ut poſſit deberi. Pacto enim cautum eſt: uſuræ autem in ſtrictis iudiciis aliter deberi non poſſunt, quam ſtipulatione. *L.* 3. *C de uſur.* Eadem de donationis cauſſa hic licet dicere. Nam primum nulla in hac conventione donatio eſt: quod enim ad decem amplius adiicitur,

adiicitur non gratis, sed ob causam, quia mutuum accipienti datum sit. Constat donationem ob causam proprie donationem non esse, *L. hoc iure*, §. 1. *L. Aquilius*, *infr. de don.* Deinde ut maxime hanc præstationem donationem vocemus: tamen in fraudem usurarum adiici constat, cum quidquid supra sortem accedit, id usuram imitetur. Ut ergo si aperte usura pacto constituta esset, contra ius esset eam deberi: *d. L.* 3. *C. de usur.* ita & tunc eam servari contra ius erit, cum usura alio verbo tegetur. Fit enim hoc in fraudem legis: quod tam improbatur, quam si aperte contra legem esset. *L. non dubium*, *C. de legib.* argumentum in specie non dissimili in *L. qui testamentum*, *infr. de prob.*

Ad §. Si fugitivus servus.

Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quæritur. Et quidem si servus meus cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi: erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. Quid ergo? vendicari nummi possunt, si existant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.

SUMMARIA.

1. *Alienam pecuniam mutuam dando domini voluntate, mutuum facimus.*
2. *Aliena pecunia data citra domini voluntatem, nec fit accipientis, nec mutua, quandiu consumpta non est, aut consumpta dolo malo.*
3. *Florentina lectio emendata.*
4. *Alienam pecuniam qui dedit, etiam nondum consumptum repetere potest; & qua ex caussa, quave actione.*
5. *Consumptis sine dolo malo nummis alienis muwtuo datis, nascitur danti mutui condictio; quæ, & qua ex caussa hæc condictio.*
6. *Consumptione nummorum perinde haberi eum, qui consumpsit quasi pecunia eius facta esset; & cur; & n. 9.*
7. *Consumptis dolo malo nummis non confirmatur mutuum, nec nascitur adversus consumentem condictio; & cur*
8. *Consumptis etiam per partes nummis, nasci per partes condictionem.*
9. *Consumi pecunia quomodo intelligatur.*

HUius §. & *L. nam etsi*, 12. *infra*, unus contextus est ad eandem quæstionem & sententiam pertinens. Quod non solum inscriptio utriusque loci arguit (est enim uterque Ulpiani, sumptus ex eodem libro vicesimo sexto ad edictum) sed multo certius orationis series in eadem specie cohærens. In primis autem ratio *L. nam etsi*, quæ aperte confirmationem eius, quod in extremo huius §. scriptum est, continet. Ideo a nobis coniunctim explicabitur. Quæstio est, an cum quis pecuniam mutuam dat, quæ aliena sit, aliquando pecunia fiat mutua, aut certe tanquam ex mutuo condictio nascatur, vel danti, si sui iuris est; vel ei, cuius est in potestate, si sit servus, aut filiusfamilias. In quo hoc quæri intelligitur, an quod dicitur in *L.* 2. §. *appellata*, §. *creditum*, *supr.* in mutuo dantem oportere dominum esse, præfracte secundum verba retinendum sit: ut nunquam sit mutuum, nec ex eo condictio, si is qui dedit, dominus pecuniæ non fuit; an vero ex sententia ita temperandum, ut interdum etiam tunc & mutuum contrahatur, & condictio nascatur. Itaque quæstio ad illius dicti interpretationem referenda est. Et quid hic in universum tenendum esset, dixi ad *d. L.* 2. §. *appellata*, *supr.* Quod horum locorum proprium est, in his de eo summa hæc est: duobus temporibus fieri, ut quamvis quis alienam pecuniam mutuo dederit, tamen contrahatur mutuum, certe tanquam ex mutuo condictio acquiratur vel ei, vel alii cuius in potestate est: uno, si dederit domini voluntate: altero, si pecunia contra voluntatem domini data, nummi sine dolo malo accipientis consumpti sint: illic pecuniam statim fieri mutuam; hic consumptione mutuum confirmari; de qua parte præcipue hic agitur. Quid ergo interim fiet, dum nummi exstabunt, aut tunc cum dolo malo erunt consumpti? Placet domino pecuniæ vindicationem nummorum dari adversus possessorem: danti denegari condictionem. Quæ Ulpianus in hoc §. demonstrat sub persona servi: sed ita, ut nihil hic servi proprium sit, sed sit eius-

mo-

modi, quod pertineat ex æquo ad omnes, ut declaratur in *L. nam etsi, infr.* Continet ergo hic locus tria: quæ an recte hinc colligamus, & quam vera sint, quamque rationem habeant, sigillatim dicemus.

1 † Primum hoc ratum est, si quis alienam pecuniam mutuo det domini voluntate, pecuniam statim mutuam fieri. *Si*, inquit Ulpianus, *servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua.* Dixit, *cui peculii administratio concessa est*, ut intelligeremus eum, cui peculii alienandi, eoque & pecuniæ collocandæ potestas a domino data sit. Quapropter & in homine libero, qui a domino pecuniæ eandem potestatem acceperit, idem dicendum est. Nec metuemus hic, ne is, qui dat pecuniam, non faciat eam accipientis, tanquam qui eius dominus non fuerit: contra quam lex mutui exigit. *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr.* Qui enim dat voluntate domini, tam dominium transfert, quam si dedisset suam. *L. qua ratione, §. hæ quoque, infr. de acq. rer. dom.* Illud superius fortasse adversari videbitur, quod dicitur in mutuo dantem dominum esse oportere: *L. 2. §. creditum, supr. eod.* nam hic non est dominus, qui dat alienum, quamvis domini voluntate dederit. Dicemus non esse dominum re vera: & si verba spectamus, hanc illius dicti exceptionem esse, quæ hic traditur. Sed effectu abunde pro domino habendus est, qui in mutuo id præstat, quod dominus faceret, & quo nihil amplius mutuum desiderat: quippe dominium transfert. Aliud non faceret dominus, si ipse pecuniam credidisset: ut si vim & potestatem huius traditionis inspiciamus, non debeat efficere hæc species, quominus vere in universum definiatur in mutuo, dominum dantem esse oportere. Recte fit tamen, quod de ea separatim dicitur: hoc enim eo spectat, ne illis verbis decepti putemus in hac specie mutuum ob id non contrahi, quia ipse non est dominus, etsi domini potestate utitur.

2 † Quod secundum hic traditur, pertinet ad pecuniam alienam, quam quis mutuam dedit citra domini voluntatem, quam eandem nondum consumpsit is, qui accepit, aut consumpsit dolo malo. Hanc significat Ulpianus si in aliqua caussa ex his erit, mutuam non fieri, eoque nec condici posse: quia utroque tempore eveniat, ut non fiat accipientis. Id voluit in hoc §. cum subiicit: *fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis.* De fugitivo dicit, quia semper fugitivus in ea caussa est, ut sine voluntate domini pecuniam alienet, etiam si priusquam fugeret, liberam peculii administrationem a domino concessam habuerit: hæc enim in fugitivo non manet. *L. libera, infr. de pec.* Cæteri servi contra voluntatem domini credere intelliguntur, cum aut pecunia dominica est, aut peculiaris quidem, sed quam dominus nominatim vetuerit credi. Nam si non vetuit, sola peculii concessione etiam mutuo dandæ & recte collocandæ pecuniæ potestatem fecisse videtur: etsi cæteris in rebus alienationem non concedit, nisi libera peculii administratione concessa, ut scripsi iam ante ad *L. 2. §. ult. supr. illic, nec obest.* Hi ergo si credunt, non faciunt, inquit Ulpianus, nummos accipientis: quippe cum domini non sint, nec voluntate domini tradant, non possunt plus iuris transferre in eum qui accipit, quam ipsi habuerunt. *L. traditio, infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus, infr. de reg. iur.* Hinc vult intelligi, pecuniam hoc casu mutuam non fieri, quisquis erit, qui alienam mutuo dederit. Hoc enim consequens est, cum in mutuo oporteat rem fieri accipientis, ut mutuum contrahatur. *Inst quib. mo. re con. ob. in pr. L. 2. §. appellata, supr. eod.* Sed quibus conditionibus hic condictio tanquam ex mutuo non nascatur, ostendit, cum subiicit: *quod si sine dolo malo nummos consumpsisti, condici tibi poterunt.* Nempe ergo his conditionibus duabus, nummi alieni citra domini voluntatem mutuo dati condici non possunt, eoque nec sunt mutui: si aut is qui accepit, nondum eos consumpsit, sed apud eum exstant; aut consumpsit quidem, sed dolo malo. Et quin exstantibus nummis condictio non competat, non dubitatur: non solum quia & hic, & in *L. nam etsi, infr.* nummis alienis datis datur condictio nominatim hac conditione, si nummi consumpti sint: sed etiam quia in *ead. L. nam etsi, ver. 2.* diserte scriptum est: *si alienos nummos tibi mutuos dedi*, te non ante *mihi teneri, quam eos consumpseris.* Sed an idem dicendum sit, etsi quis eos consumpserit, si consumpserit dolo malo: ambigi potest propter verba *d. L. nam etsi:* nam in principio verba ita sunt: *sed consumptis nummis* a fure datis *nascitur condictio*, & paulo post: *quod si per partes eos consumpseris*, ait Papinianus *me per partes condicturum.* Utrobique ex consumptione datur condictio; nec distinguitur, qua fide nummi ab accipiente consumpti sint: ut dicendum sit nummis consumptis omni modo nasci con-

condictionem, quæ ante non fuerat, etsi dolo malo quis consumpserit. Et cur dicet aliquis, non teneatur condictione is qui dolo malo consumpsit, idest, gravius deliquit: si etiam tunc tenetur, cum dolo malo in ea consumptione nihil fecit? Dixerit etiam fortasse hunc §. non obstare. Quod enim dicitur si sine dolo malo consumpsisti, nummos tibi condici posse: inhebit ita accipi, quasi positum id esset, de quo maior dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubium erat, sua sponte intelligeretur: quasi ita scriptum esset: quod si consumpsisti quamvis sine dolo malo, condici tibi poterunt. Sed si ita interpretamur, locum pervertimus, his enim verbis, quamvis sine dolo malo consumpseris, comprehenditur uterque casus, sive sine dolo consumpseris, sive dolo malo. At hac conditione, si sine dolo malo consumpsisti, aperte ille casus excluditur si consumpsisti dolo malo. *L.* 1. *vers. huius rei, supr. de offic. eius cui man.* Nec vero dubium est, quin ita accipiendum sit, ut hoc posteriore casu non sit condictio, idque ipsum ut statuamus, non verba tantum, sed etiam certa iuris ratio efficit. Nam si nummi alieni quia adhuc apud te exstant, neque tui facti sunt, tibi condici non possunt: consequens est nec eos tibi condici posse, quos dolo malo consumpsisti: quoniam & hi iure non alio loco habentur, quam si exstarent. *L. parem, L. qui dolo, infr. de reg. iur.* Sed nec hi magis tui efficiuntur, quamvis consumpseris; neque minus teneris eorum vindicatione domino, quam si possideres, ut mox sequitur, de quo postea pluribus. Itaque quod in *d. L. nam etsi, L. non omnis, §. si pupillus, infr.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, cum nummi alieni credendi caussa dati sunt, his consumptis nasci condictionem: non dubitabimus cum ex hoc §. tum superiore ratione exigente ita interpretari: si nummi bona fide ab accipiente consumpti sint, dum is alienos esse ignorat. Quod si quis generalitatem verborum nobis obiiciet, & eam præfracte retinere volet, non refugiam, quin hæc quoque uti sunt, sequamur: neque eo minus eandem sententiam, quam dicimus, expriment. *Consumptis nummis semper condictio nascitur:* hæc verba ad eos nummos qui mala fide consumpti sunt, non pertinent: non enim consumpti dicendi sunt, qui iure pro exstantibus per omnia habentur. Quid ergo fiet nummis adhuc exstantibus, aut mala fide consumptis? Si de domino pecuniæ quæritur, ait Ulpianus, *vindicari bos posse*, utroque casu, & de his *ad exhibendum agi*. † Quo loco lectio Florentina animadvertenda est: ea ita habet: 3
Quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quæ lectio vitiosa est. Ut enim hæc verba sunt, vindicatio domino datur tantum uno casu, si nummi exstent: & actio ad exhibendum item uno casu, si nummi dolo desinant possideri. Male utrumque & adversus notissimas regulas iuris quæ sunt de utraque actione. Nam actio in rem cum adversus eum constituta sit, qui possidet: *L. actionum, infr. de ob. & act. §.* 1. *Inst. de act.* fit hoc iure, ut non minus adversus eum competat, qui dolo malo desiit possidere: quoniam hic ubique pro possessore habetur. *L. qui petitorio, supr. de rei vind. L. parem, L. qui dolo, infr. de reg. iur.* Ad exhibendum autem actio competit illa quidem adversus eum, qui dolo possidere desiit, ut est in *L. Iulianus, supr. ad exhib.* sed hoc non alia de caussa, quam quod, si possideret, hac actione teneretur: nunc autem pro possessore est, qui dolo fecit, quominus possideret, ut ibidem ratio adiecta est. Cæterum extra controversiam est etiam hanc actionem multo magis adversus eum dari, qui possidet. *L.* 3. *§. ult. supr. ad exh.* Loci sententia constabit, si utraque conditio legatur coniunctim, & pariter ad vindicationem referatur; deinde interponatur particula, &, quæ iisdem conditionibus det actionem ad exhibendum, ut legatur hoc modo: Vindicari nummi possunt, si extant, aut si dolo malo desinant possideri; et ad exhibendum agi: ut sit is sensus, quem supra sum complexus: utroque casu dominum pecuniæ vindicare nummos suos posse ab eo qui accepit, sive extent, sive dolo desinant ab eo possideri: & item posse utroque casu de his adversus eum ad exhibendum agere. Hæc de domino pecuniæ. † Quid ei, qui pecuniam alienam 4
credidit, nullane his casibus condictio dabitur adversus eum qui accepit? Verba Ulpiani efficere videntur, nullam omnino esse: ut consequens sit domino non vindicante nummos apud eum qui accepit, manere impune. Ait enim: *quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt*. Quo significatur; si non consumpsisti, aut non dolo malo, non posse condici: id autem valet nullo modo posse condici: non enim distinxit condictionis genus. Idem significat in *L. nam etsi*, cum ait in hac specie *consumptis nummis nasci*

sci condictionem. Hoc enim eam vim habet, nummis non consumptis condictionem non nasci: hanc autem, an illam intelligeret, non addidit. Sed apertius hoc expressit in *ead. L. nam etsi*, cum scribit: *si alienos nummos tibi mutuos dederim, te non ante mihi teneri, quam eos consumpseris*. Non dixit te mihi ex caussa mutui non teneri, sed simpliciter *te mihi non teneri:* quibus verbis omnis actio in personam excluditur. Sed etsi in his omnibus locis verba indefinita sunt, tamen ubique condictio ex mutui caussa intelligenda est. Species enim in omnibus nominatim posita est de eo, qui pecuniam mutuam, seu credendi animo dedit. Proinde responsum de condictione ad hypothesim revocandum est, ut congruat interrogationi: quomodo etiam in stipulationibus responsum alioqui simplex & indefinitum accipiendum esse convenit. §. *praeterea, Inst. de inut. stip.* Ita hæc erit sententia. Si quis pecuniam alienam mutuam dederit: ut nummi sine dolo malo consumpti condici ex ea caussa ex qua dati sunt, possunt, idest, ex caussa mutui: ita sive nondum sint consumpti, sive consumpti sint dolo, ex hac causa condici non possunt: quo nihil verius; estque ut certum, ita & perpetuum. Non enim hic contrahitur mutuum. Sed nec probandum est, quod Accursius in *L. nam etsi*, ad verbum, *consumpseris*, scribit nummos quamvis adhuc extantes condici posse quasi consumptos, quia videatur per debitorem stare, quominus contumantur, iuxta regulam iuris. *L. in iure, infr. de reg. iur.* Quid est enim, quod imputetur ei, si alienis nummis invito domino non utitur, idest, si non vult eo facto se furti alligare? Non ergo, ut dixi, nummis alienis adhuc exstantibus condictio tanquam ex mutui causa nascitur. Sed aliæ causæ admittere possunt condictionem. Quid enim, si is qui alienam pecuniam dedit, eam sibi reddi stipulatus est? huic haud dubie obligatio quæritur ex stipulatione. *L. 2. C. eod.* §. *de constituta, Inst. de act.* unde & ei condictio certi ex hac caussa dabitur. *Inst. de ver. ob. in pr.* Quid, si nulla sit stipulatio, sed debitor literis caverit se eam pecuniam redditurum, ac deinde post biennium de pecunia cauta appelletur? Erit adversus eum condictio non ex mutuo, quod nullum est, sed ex literis, tanquam literis contracta obligatione. Nam etsi nihil plane numeratum esset, nihilominus hic eadem esset obligatio ex constitutionibus. *L. in contractibus, in pr. C. de non num. pec. Inst. de liter. obl.* Sed etsi nihil horum intervenerit; tamen non dubito, quin danti statim competat condictio ob caussam dati caussa non secuta. Constat enim nummos ab eo datos ob causam, ut mutui fierent: quæ causa non est impossibilis, cum possint ab accipiente consumi. Si non fiunt mutui, ut non fiunt, causa non sequitur. Quam ob rem superiori condictioni locus erit, ut vel possessio saltem reddatur: uti esset in eam rem indebiti condictio, si nummi alieni indebiti soluti essent. *L. indebiti*, §. 1. *infr. de con. ind.* Sed & condictio sine caussa hic recte dabitur: nullo enim mutuo constituto, constat pecuniam apud accipientem esse sine caussa. Hinc apparet, si in mutuo huius generis repetantur nummi alieni ab eo qui dedit, nihil debitori profuturam hanc defensionem, si dicat sibi nummos alienos datos esse, quominus eos restituere debeat. Aut enim fatebitur nummos a se consumptos esse, & condictione ex mutui caussa tenebitur; aut dicet nondum se usum, sed eos apud se exstare; & iam effectum est illum hoc casu condictione ob caussam teneri. Itaque in hac incertitudine defensionis recte faciet creditor, si duas condictiones proponet disiunctim, condictionem certi ex mutuo, si nummi consumpti sint; & condictionem ob caussam, si nummi consumpti non sint: quæ coniunctio actionum tum recepta est, cum agendi incertitudo nascitur ex facto eius cum quo agitur. *L.* 1. §. *quia autem, infr. quod legator.* † Superest tertium, 5 quod præcipue his locis statuitur, si quis nummos alienos sine domini voluntate mutuos dederit, etsi alias condici non possent; tamen his sine dolo malo consumptis nasci condictionem dauti adversus eum qui accepit. Sententia quæ non his tantum locis, sed & sæpe alias occurrit ut *L. non omnis*, §. *si pupillus, infr. eod. L. si quis pro eo:* §. *si nummos, infr. de fid.* Id usque adeo verum est, ut quamvis fur dederit, tamen placeat etiam huic nummis consumptis esse condictionem, ut est in *d. L. nam etsi, infr.* Postulat hic locus de consumptione, ut quatuor hæc explicemus; Primum an recte detur hæc condictio nummis alienis consumptis: Deinde an recte tunc solum, cum nummi sine dolo malo consumpti sunt: Tum an si quis per partes eos consumpserit, per partes ei condici possint; Postremo quid sit consumere, & quando nummi intelligantur consumpti. Primum recte quæritur, unde sit hæc condictio nummis consumptis, utpote quæ ante non fuerit? Iam

Iam dixi condictionem hic intelligendam esse ex ea ipsa caussa, in quam nummi dati sunt, idest, ex mutui caussa. idque omnino ita intelligi necesse est, si nunc primum post consumptionem hæc condictio nascitur. Nam & condictio ex stipulatione, ubi stipulatio interposita est, & condictio ex obligatione literarum, & condictio ob caussam, de quibus supra diximus, omnes etiam ab initio, certe ante consumptionem competierunt: ut consequens sit, si qua nunc primum consumptis nummis nascitur, hanc nasci ex mutuo: quasi huius datio in nummis alienis perpenderit ex hac conditione, si nummi consumpti sint. At hic laboratur: non est enim mutuum, nisi nummi fiant accipientis. *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr. L. 2. §. appellata, supr. eod.* Et quomodo creditor, qui dominus ab initio non fuit, consumptos nummos accipientis faceret, eum neque tunc, cum consumebantur, esset dominus magis, quam ante, & postea multo minus esse cœperit? Huic obiectioni occurrere Iulianus voluit in *d. L. non omnis, §. si pupillus, infr.* cum ait eum qui pecuniam credidit, cuius alienandæ potestatem non habuit, hac consumpta condictionem habere: non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse. Id pervenisse ad aliquem dicitur, quod ita accipientis factum est, ut perpetuo maneret. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Significat ergo Iulianus, cum dicimus consumpta pecunia condictionem tanquam ex mutuo nasci, non esse, cur nos moveat, quod dicitur non esse mutuum, nisi pecunia fiat accipientis: id enim & in proposito contingere. Fieri namque pecuniam & eius qui accepit, postquam ab eo consumpta est, idque facto eius qui dedit: ne quis forte hic quidquam desideret, quod ad mutuum pertineat. Sed & hæc ipsa Iuliani ratio parum liquet: manet enim semper illa dubitatio, quomodo fiat, ut qui dominus nunquam fuit, neque cœpit esse postea, rem accipientis faciat. Proinde paulo dilucidius hoc totum explicandum est: ex quo intelligetur etiam, quam vere Iulianus & veteres de hac re statuerint.
6 † Dicendum est igitur eum qui ante pecuniæ dominus non fuit, revera nec tunc pecuniam fecisse accipientis, cum hic pecuniam sine dolo malo consumpsit: sed tamen per omnia perinde haberi, quasi id factum esset. Pecunia quidem consumentis ita facta est, & ut loquitur Iulianus, sic ad consumentem pervenit, ut si maxime a vero domino in eum translata esset. Is enim consumendo primum eam tam in usus suos convertit, quam si vere eius dominus fuisset: deinde (quod maxime domini proprium est) consecutus est hac consumptione, ne eius pecuniæ vindicatione ulli alii teneatur, sive exstantis nomine, sive consumptæ: quippe qui nec pecuniam iam possideat, nec dolo desierit possidere: quo in numero qui sunt, hi actione in rem non tenentur. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Atque ut hæc consumptio eum, qui accepit, dominum facit, ita eum consumendi caussam ab eo qui pecuniam dedit, acceperit, perinde haberi debet, quasi ab illo dominii huius caussam accepisset. Quapropter vere Iulianus diait, huius facto intelligi pecuniam ad eum, qui acceperit, pervenisse: quod valet, huius traditione pecuniam eius qui acceperit, factam esse per consumptionem. Quod si verum est, recte dicitur mutuum consumptione confirmari: uti fieret scilicet, si quo alio modo pecunia mutuo data facta esset accipientis, puta dominio danti postea quæsito, aut pecunia ab eo qui accepit, usucapta. *L. proinde, supr. L. si alienam, infr. de mor. cau. do. L. indebiti, §. 1.* illic, *sed etsi possessionem.* infr. de con. ind. Cumque hæc ipsa consumptio idem efficiat in pecunia aliena a fure data, quod efficeret: si a quovis bonæ fidei possessore data esset: apparet & hoc ipsum in fure recte dici in *L. nam etsi, infr.* consumptis nummis ab eo datis nasci ei eandem condictionem. Sed cum statuimus pecunia aliena mutuo data ab initio mutuum non contrahi, post autem pecunia consumpta id confirmari, nonne adversus regulam iuris facimus, quæ vetat, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere? *L. quod initio, infr. de reg. iur.* Non magis, quam cum sub alia quavis conditione mutuum pendere posse dicimus, ut ex post facto exsistente conditione confirmetur: quod fieri posse inter omnes convenit. *L. proinde, supr. eod.* Et recte: hic enim non tam contractus mutui ab initio vitiosus est aut inutilis, quam nullus. Pendente enim conditione non dicitur inutilis obligatio contrahi, sed nulla. *L. cedere, infr. de ver. sig.* Quod cum sit, quia cessant verba, ideo regula Catoniana locum non habet. *L. 1. infr. de reg. Cat.* inde dicitur regula ad conditionalia non pertinere. *L. pen. infr. de reg. Cat. L. cætera, §. 1. infr. de legat. 1.* Est autem huius generis mutuum, cum pecunia aliena creditur. Hic enim contrahitur mutuum sub tacita conditione, si pecunia bona fide ab accipien-

plene consumpta sit, aut alio modo ad eum pervenerit; qua conditione existente incipit esse mutuum, cuius, ut dixi, obligatio nulla ante nata fuerat. *d. L. ce-*
7 *dere*, † Secundo loco quærimus, si nummis alienis mutuo datis recte placet condictionem tunc nasci, cum nummi sine dolo malo accipientis consumpti sunt: qui convenit condictionem denegari adversus eum, qui dolo malo consumpsit: cum æquum videatur hunc citius & multo magis teneri propter delictum? *§. sic itaque, Inst. de act.* Id caussæ est, quia hoc casu cessat ratio, propter quam in superiore condictionem nasci volumus. Ideo enim nummi ab accipiente consumpti ei condici possunt, quia videntur hac consumptione ad eum pervenisse. *L. non omnis, § si pupillus, infr.* Quod in eo solum dici potest, qui sine dolo malo consumpsit: huic enim iam amplius pecunia a domino auferri non potest. Ad eum non pertinet, qui dolo desiit possidere: ab hoc enim non minus pecunia vindicari potest, quam si eam possideret, ut supra ostendimus. Quod si recte dicitur nummos alienos accipienti condici non posse, quamdiu exstant, quia ab eo vindicari posse constat: necesse est & de iis idem dici, qui ab accipiente dolo malo desierunt possideri, quando & hi in eadem caussa sunt; unde & illud eveniet, ut hoc quoque casu non videantur pervenisse ad eum, qui accepit. Quo posito consequens est ius illud superius de condictione tolli; ut quod hac sola ratione nitebatur, quia consumptione videretur pecunia fieri accipientis. arg. *L. quod dictum, supr. de*
8 *pact.* † Tertium quod circa condictionem pecuniæ consumptæ quæri diximus, positum est in *L. nam etsi*: estque eiusmodi, an quemadmodum tota pecunia aliena, quam mutuam dedi, consumpta, totius pecuniæ mihi condictio nascitur: ita & si per partes consumpseris, singularum partium mihi statim nascatur, & possim per partes tibi condicere. Cui quæstioni ansam præbuerunt verba superiora, quibus condictionem in hac specie nasci dixerat, *Si*, inquit, *nummos alienos tibi mutuo datos consumpsisti, condici tibi poterunt*: hoc in extremo huius §. Item cum nummi alieni credendi animo tibi dati sunt, *consumptis eis nascitur condictio*: hoc *in pr. L. nam etsi.* His verbis effici videbatur pecuniam per partes consumptam, per partes condici non posse. Utrobique enim datur condictio sub conditione, si nummi ab accipiente consumpti sunt. Itaque conditio universæ summæ mutuo datæ uni personæ adscripta est: quod cum sit, placet conditionem scindi non posse, sed totum quod in conditione est, esse præstandum, ut conditio impleatur. *L. cui fundus, supr. de con. & dem.* Hoc igitur non abs re quæritur, an hoc ipsum in hac condictione nummorum intelligi debeat, ut sic nisi nummis omnibus qui dati sunt, consumptis, condictio in proposito non nascatur. Et ne quis hic erraret, quod ante Papinianus fecerat, idem & nunc verbis Papiniani monet Ulpianus, quod de consumptis nummis dictum est, non sic accipiendum esse, quasi dicatur condictionem tum nascituram, cum universi nummi alieni mutuo dati consumpti fuerint: sed ut quæque pars consumpta erit, ita & eam separatim ab eo, qui pecuniam dedit, condici posse, quasi mutuo videlicet in ea sola contracto. Et certe si tota pecunia ab initio mutua facta esset, liceret creditori partem tantum petere. *L. quidam, infr.* Multo magis tum licebit, ubi nihil amplius, quam id quod petitur, mutuum factum est. Notandum, quod ait Papinianus, *cum per partes consumpsisti, me per partes condicturum*, & Addit: *si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram* Quod ideo additum est, non quod etsi non essem admonitus fuisse alienos, sed meos fuisse putarem, non possem partem crediti condicere, si vellem; sed quia si vellem totum recipere, quod mutuum factum est, non possem, quin totum condicerem, si putavi nummos fuisse meos: quoniam hoc modo omnes mutuos esse factos existimarem. † 9
Quod reliquum est, pecuniam consumptam non sic accipimus, ut res cæteras, quæ dicuntur usu consumi; cuiusmodi est vinum, oleum, frumentum. Hæ res dicuntur consumi usu, cum utendo penitus absumuntur, ita ut esse etiam desinant in rerum natura: quod vino contingit, cum ebibitur; oleo, cum editur; frumento, cum in farinam redigitur; aut omnia ad alios usus vitæ necessarios adhibentur. At pecunia consumi intelligitur, cum quis ita utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, certo non appareant, sive id corporibus sublatis contingat, sive his integris in rerum natura manentibus. Itaque si quis pecuniam acceptam conflat, & in aliam speciem argentum vel aurum transfert, consumit is quidem pecuniam sine dubio; quia forma sublata, qua res constabat, pecunia extinguitur; si verum est, ut est, unamquamque rem propria sua forma perfici, & stare. *L. si is qui*
qua-

quadringenta, §. *ult. infr. ad L. Fal.* Nec quia pecunia conflata iterum argentum in pecuniam converti potest, ideo pecunia ipsa adhuc manere putanda est iuxta distinctionem iuris receptam in § *cum ex aliena*, *Inst. de rer. divis.* Non enim potest materia iterum ad veterem speciem redire sine principis auctoritate: quae cum intervenerit, nemo dicet novam monetam esse eam rem, quae prius fuerat: cum ut esset, & a forma & a principe nunc primum acceperit. Sed quamvis post pecuniae usum & tractationem corpora nummorum adhuc extent; si tamen species ipsa nummorum eo adducta erit, ut non appareat, pecunia consumpta intelligetur. Id contingit, cum quis nummos acceptos ita aliis miscuit, ut discerni non possint: usque adeo ut placeat eum, qui accepit, ea re dominum fieri. *L. si alieni, infr. de solut.* Non alia de caussa omnino, quam quod res exinde exstare desiit, & in ea caussa esse, ut posset a domino vindicari. Quo recepto non mirum, si vel una hac ratione possit pecunia hoc casu condici ei, qui accepit: cum constet dominio pecuniae creditae in accipientem translato confirmari mutuum. *d. L. indebiti*, §. 1. *infr. de cond. ind.* Interim duas res exigit superior definitio ad consumptionem: pecuniae quasi interitum quendam; & accipientis usum seu factum quod ei interitui caussam praebuerit. Primum qui pecuniam accepit, sic illa utetur, ut eo facto corpora priora vel non extent, vel discerni non possint, quandocunque tandem postea id contigerit. Id nisi fiat, pecunia consumpta dici non potest. Proinde si tibi pecuniam alienam mutuam dederim, tu autem acceptam alii vel donaveris, vel credideris, vel creditori tuo solveris; quandiu nummi apud possessorem secundum ita extabunt, ut discerni possint: non videbuntur nummi a te consumpti, qui ita extant, ut possint vindicari a vetere domino, & possessori illi auferri, ac per possessorem tibi. Quapropter tantisper nec eos nummos tibi condicam tanquam consumptos: condicturus tunc, cum secundus possessor aut conflaverit, aut miscuerit, aut aliter amiserit, ut iam ea pecunia tibi per illum auferri non possit. Sed non est satis pecuniae speciem ita evanescere, ut amplius non appareat, ut dici possit ab accipiente consumpta. Desiderat etiam consumptio factum consumentis; est enim consumere non simpliciter rem amittere; sed facere, ut eam, vel eius discretionem amittas. Quapropter si quis pecuniam alienam, quam mutuo acceperat, casu amiserit: non dicemus eum tanquam pecunia consumpta teneri, qui pecunia non est usus, nihil fecit denique, quo pecunia auferretur. Idque eo magis dicendum est, quod non potest intelligi pecunia ad eum pervenisse, qui ita amisit: neque enim videri potest rem habere sic, ut esset mansura, qui prius quam haberet, amisit *L. aliud est capere*, *infr. de verb. sig.* Et tamen nisi pecunia ita consumpta sit, ut videatur pervenisse ad eum qui accepit, condictio non nascitur, ut declaratur in *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr. eod.* Nisi forte quis dicat non consumi quidem pecuniam sine alicuius facto; sed cuius facto consumatur, eiusne qui accepit, an alterius cuiuslibet, atque adeo casu, nihil referre. Quod non ita est. Ab accipiente consumi debere hi loci satis probant: *quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt*, ait Ulpianus in extremo huius §. & paulo post in L. nam etsi, *si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris*: ut appareat, quod generaliter dicitur in pr. *d. L. nam etsi*, si fur nummos tibi credendi animo dederit, consumptis eis nasci condictionem, referri debere ad te qui accepisti, & ita intelligi debere, *consumptis eis ab accipiente*. Idemque faciendum est in *d. L. non omnis*, §. *si pupillus*: ubi scriptum est, pupillum *si sine tutoris auctoritate crediderit, consumpta pecunia condictionem habere: consumpta pecunia* intellige ab eo qui accepit: idque ita accipiendum esse, ratio subiecta evidenter ostendit, cum ait Iulianus id fieri *non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum qui acceperit, pervenisse*. Iam dixi non posse intelligi ad eum pervenisse, si prius quam eam in suo iure haberet, alieno facto amisit, nec ipse usus est. Nec movere nos debet, quod Accursius dicit in *d. L. non omnis*, §. *si pupillus*, si hanc sententiam recipimus, fore, ut sit deterior conditio pupilli pecuniam suam dantis, quam eius qui maior pecuniam suam transtulit; de quo illic dicemus. Sane si pecunia ab alio ita consumpta sit, ut in rem accipientis verteretur, perinde habendum erit, ac si ab eo consumpta esset. *L. si a furioso*, *seq.*

Ad L.

Ad L. Si a furioso. 12.

Pomponius Lib. 6. ad Plautio.

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso acquiri Iulia ait. Nam ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furioso acquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere cœperit, deinde servus in rem domini id verterit: condici nomine furiosi posse. Et si alienam pecuniam credendi caussa quis dederit, deinde furere cœperit, & consumpta sit ea pecunia, condictionem furioso acquiri.

S U M M A R I A.

1. *Consumptionis effectus in mutuo.*
2. *Mutuo data pecunia nondum consumpta, quibus casibus condictio danti non acquiratur.*
3. *Furioso quibus ex caussis acquiratur condictio pecunia ab eo mutuo data, & quæ, quave ex caussa.*

Etsi condictio, quæ hic dicitur consumpta pecunia furioso acquiri, non per omnia ex mutui caussa acquiritur, ut illa, quæ pecunia consumpta acquiritur homini sanæ mentis, de qua supra proxime dictum est: tamen non eo minus pertinet hoc fragmentum ad superioris sententiæ confirmationem, ut non immerito
1 ei sententiæ subiiciatur. † Est enim locus de vi consumptionis pecuniæ, habetque hanc sententiam: quibuscunque in caussis mutuum danti condictio non acquiritur ante consumptionem, in his omnibus banc vim esse consumptionis, ut consumptæ pecuniæ condictio acquiratur etiam furioso: unde intelligitur multo magis acquiri eam homini sanæ mentis, qui pecuniam
2 crediderit, de quo supra. † Fit autem, ut numeranti non acquiratur condictio ante consumptionem tribus in caussis huiusmodi: si furiosus crediderit; si homo sanus crediderit, sed servo alieno; si crediderit libero, sed pecuniam alienam. Nam furiosus citra controversiam negotium ab initio contrahere non potest. Sanus potest, sed servo alieno credendo non acquirit solidam actionem, nisi pecunia in rem domini versa sit, atque hoc modo consumpta, si modo nihil sit in peculio, aut non tantum, quantum numeratum est. *§. præterea, Inst. quod cum eo.* Libero autem pecuniam alienam credendo nemo prius actionem acquirit ex numeratione & mutuo, quam pecunia ad accipientem pervenerit: quod alia acquisitione remota non fit, nisi consumendo. Id Pomponius sentiens consulto harum caussarum enumeratione hoc loco usus, in singulis docuit consumpta pecunia condictionem acquiri furioso: idest, in prima quidem specie ei, qui & ab initio furiosus fuit, & nunc est; in duabus autem posterioribus ei, qui ante consumptionem creditæ pecuniæ furiosus factus est: scilicet hoc spectans, ut enumeratione specierum generalem sententiam esse probaret, quam dixi, primum de condictione per consumptionem pecuniæ furioso acquirenda, sic deinde in universum de vi consumptionis. † 3
Quæret ergo aliquis, qua ratione placeat his casibus tribus condictionem furioso acquiri, cum furiosus nullum negotium possit contrahere? *L. in negotiis, infr. de reg. iur.* Respondet Pomponius eo fieri, quia ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem acquiratur etiam furioso. Significat ex his caussis futurum esse, ut si creditor sit sanæ mentis, consumpta pecunia condictio ei acquiratur etiam ignoranti: quod quam verum sit, postea intelligetur. Si acquiritur alias ignoranti: consequens esse, ut ex eadem numeratione & post consumptionem acquiratur furioso. Recte: si quid enim iure ignorantibus tribuitur, id necesse est ex verbi significatione & ratione legis ad furiosos pertinere: nam & furiosus ex numero est ignorantium, cum nihil intelligat: nec caussa ulla est, cur uni ignoranti acquiratur, alii qui in eadem caussa sit, non acquiratur. Hinc regula superior pro iure certo usurpata & hic, & in *L. si a furioso, infr. de ob. & act. §. sui autem, Inst. de her. quæ ab int. def.* Sed nondum dubitatio omnis sublata est. Constat enim ratio, cur creditori sano con-

sumpta pecunia condictio acquiratur: quippe ex ea re mutuum cum illo contrahitur, ut supra ostendimus: id inter sanos consistere potuit. Unde & caussa obligationis in ea specie manifesta est: simul ex caussa, etiam quæ hic sit condictio, intelligitur. At cum furioso mutuum non potest contrahi: neque porro sine caussa ulla esse potest actio. Unde rursum mutuo sublato, caussa obligationis, & propter caussam genus quoque condictionis in dubium revocatur. Et in eo qui cum esset sanæ mentis, pecuniam credidit, deinde furere cœpit, facilior explicatio est. Etsi enim pecunia consumatur tunc, cum is iam furiosus factus est: tamen nihilominus recte cum eo confirmatur solidæ pecuniæ mutuum, quod illius consensu ab initio recte contractum erat. Contractum enim erat sub conditione, si aut servus pecuniam in rem domini verteret, aut liber debitor pecuniam alienam acceptam consumeret. Quandocunque implebitur hæc conditio, pariet obligationem mutui, etiam si ignorante creditore conditio exstiterit: *L. a Titio, infr. de ver. ob.* & quidem ita, ut videatur mutuum retro ab initio contractum, quasi eo tempore quo datum est, sine conditione datum esset. *L. potior, infr. qui pot. in pig. hab.* Atque id fieret citra controversiam tunc, cum eo qui sanus crediderat, in eodem statu manente quamvis ignorante, pecunia consumpta esset. Quod in sano creditore ignorante iuris est, probandum est & in eo, quo furioso iam facto eadem conditio exstitit. Quapropter, ut bene hic de duabus caussis posterioribus scriptum est, si sanus crediderit servo alieno, deinde creditore furioso facto pecunia in rem domini versa sit: incipiet adversus dominum servi in solidum esse actio, quæ prius aut nulla erat, aut non nisi de peculio. *d. §. præterea, Inst. quod cum eo.* Et ne quis actionis caussam requirat, erit actio ex caussa mutui, quod ab initio inter creditorem sanum & servum contractum fuisse existimandum est: quo tempore constat potuisse consistere mutuum. Similiter si sanus crediderit pecuniam alienam, deinde furere cœperit: etiam hoc casu consumpta deinde pecunia condictio furioso acquiretur tanquam ex mutuo, quasi & id ab initio contractum fuerit: quo & ipse eo tempore recte contrahere potuit; unde & quæ sit hic condictio, sua sponte intelligitur. At in eo qui ab initio fuit furiosus, nihil huiusmodi dici potest. Non enim huic ex eo quod postea factum est, potest confirmari mutuum, quod ab initio cum illo nullum interpositum fuit, ne sub conditione quidem. Furiosus enim, ut dixi, nullum negotium contrahere potest. Quam ergo condictionem hic esse volumus? Et de eo ex caussa condictionis statuendum est. Nam cum condictio sit actio in personam: *§. appellamus, Instit. de act.* omnis autem actio in personam sit ex contractu, aut maleficio, quasi contractu, aut quasi maleficio: *§. 1. Inst. de act.* nisi hic unam aliquam ex his caussis posuerimus, nulla condictio esse poterit. Rursum aliqua posita, nihil negotii erit videre quæ hic condictio competat: cum ex caussa pendeat species & nomen condictionis. Ac primum hoc constitui debet, non posse in proposito actionem ullam esse ex contractu. Iam enim dixi furiosum nullum negotium contrahere posse. *d. L. in negotiis:* quod non ad mutuum tantum, sed ad omnes contractus pertinet. Nam quod quidam dicunt, mutuum præcipue re contrahi, nihil ad rem pertinet. Sic enim re contrahitur, ut constet etiam duorum consensu. *L. 1. §. 1. sup. de pact.* Quod adiiciunt, secutam consumptionem vim consensus habere, aperte falsum est. Neque enim accipientis consumptio unquam effecerit, quin furiosus sit furiosus: nullus autem consensus in furioso. *L. furiosi, infr. de reg. iur.* Num ergo erit actio ex maleficio? Posset hic esse maleficium, si is qui pecuniam accipiebat, sciret eum qui dabat, furiosum esse: aut postea admonitus furiosum esse, pecuniam retineret. Sic enim furtum faceret is, qui pecuniam alienam fraudulenter, puta ignorante domino sciens contrectaret. *L. 1. §. 1. infr. de fur.* unde & nasceretur condictio furtiva. Nunc autem consulto hic proponitur is pecuniam accepisse, qui furiosum compotem mentis esse putaret: qua adiectione & furtum accipientis, & condictio furtiva aperte excluditur. Neque porro ullum hic quasi maleficium; aut ullus quasi contractus facile occurrit ex iis, quæ in his generibus recensentur sub *tit. Instit. de oblig. quæ ex qua. con.* & *tit. Inst. de obl. quæ ex qua. mal.* Dixerit aliquis hic satis esse caussæ ad accipientem obligandum, quod pecunia consumpta ad eum pervenit sine caussa. Certe quoties pecunia alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, ex æquo & bono eam condici posse constat. *L. pen. infr. de cond. ind.* & si aliæ condictiones deficiunt, est condictio sine caussa. *L. 1. infr. de con. si. cau.* Si hæc ex contractu non nascitur; at certe nascitur ex quasi contractu: utra autem caussa sit, nihil magnopere ad rem per-

pertinet, dum sit aliqua: nam unam aliquam quærimus. Qua ratione non omnino abs re vulgo hanc condictionem in hac specie admiserunt. Pecunia enim mutui caussa accepta est, quam caussam hic nullam esse certum est: quod cum accidit, ibi maxime huic condictioni locum esse constat *L. ult. infr. de cond. s. cau.* Ego autem puto condictionem sine caussa ex contractu esse, seu ex eo quod inter dantem & accipientem tacite agitur: quod cum in furiosum non cadat, ideo non magis in hac specie huic condictioni locum esse posse, quam condictioni certi ex caussa mutui. Quæ indebiti condictionis caussa est, eadem est & condictionis sine caussa: nam & indebitum sine caussa datur, atque ob hanc caussam etiam revocatur. *L. pen. infr. de cond. ind.* At qui indebitum solvit, ideo indebiti condictionem habet, quia hoc ipso quod solvit, aliquid negotii cum accipiente contrahit: ita enim dat tanquam debitum, ut si debitum non sit, datum nolit, itaque tacite id agat, ut reddatur, ac nisi id negotii contrahatur, nulla sit condictio. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Quare & in cæteris quæ dantur ob caussam, quæ caussa nulla est, idest, quæ dantur sine caussa, idem negotium contrahi intelligendum est, ac nisi contrahatur, nulla inde obligatio fuerit. *L. non omnis, infr. eod.* Quænam igitur caussa obligationis & condictionis in specie proposita relinquitur? Non alia occurrit, quam negotiorum a furioso gestorum. Hæc vero quia intervenerit, non dubito. Furiosus enim pecuniam accipienti tradendo fecit, ut ille acceptam deinde in rem suam verteret. Post quam consumptionem apparet furiosum impendisse quid in rem accipientis, idque utiliter: in quo accipientis negotium utiliter gestum est: unde & negotiorum gestorum actio. *L. 2. supr. de neg. gest.* Nec quisquam dicat furiosum non fuisse hoc animo, ut accipientis negotium gereret: negotiorum enim gestorum actio acquiritur omnibus, qui negotium alienum re ipsa gesserunt, etiam si se gerere ignoraverint. *L. ult. supr. de neg. gest.* Quæ res facit, ut in hac caussa quomodo actio acquireretur sano ignoranti sic & acquiratur furioso. Non obstat, quod in *§. furiosus, Inst. de inut. stip.* dicitur furiosum nullum negotium gerere posse: hic enim gerere pro contrahere positum est, ut indicat regula iuris in *L. in negotiis, infr. de reg. iur.* quæ ita concepta est, ut neget furiosum ullum negotium non gerere, sed contrahere posse: & cum furiosum a pupillo in hac re distinguit, non in negotiis gerendis distinguit, sed nominatim in contrahendis. Quæ si vera sunt: iam potest de genere condictionis intelligi. Nempe condictionem certi hic intelligere debemus, de qua in *L. certi, supr. eod.* & eam ex caussa negotiorum gestorum, uti certum est hanc condictionem quemadmodum, ex aliis caussis omnibus, ex quibus certum petitur: ita etiam ex negotio gesto competere. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de iurei.*

Ad L. Nam & si. 13.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

Nam & si fur nummos credendi animo dedit, accipientis non facit: sed consumptis eis, nascitur condictio. Unde Papinianus libro octavo Quæstionum ait. Si alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. Quod si per partes eos consumpseris, an partes tibi condicam, quærit? & ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partes condico, quia nondum totos consumptos compereram.

Exposui ad L. rogasti. §. ult. supr.

Ad §. Si servus communis.

Si servus communis decem crediderit: puto, sive administratio servo concessa est, sive non, & consumantur nummi, quintum competere actionem. Nam & si communes tibi nummos credidero centum: posse me quinquaginta condicere, libro octavo Quæstionum Papinianus scribit: etiam si singula corpora communia fuerint.

S U M M A R I A.

1. *Communi pecunia duorum mutuo a servo data, dominis pro numero nummorum condictionem acquiri, non divisione corporum.*

1 Servus unius domini, si pecuniam domini mutuam det, eius condictionem domino acquirit: si quidem voluntate domini dederit, statim; sin contra voluntatem, tunc cum nummi consumpti fuerint. *L. rogasti, §. ult. supr.* Eadem ratione evenire necesse est in servo duorum dominorum, ut si is pecuniam dominorum communem mutuam det, iisdem conditionibus condictionem acquirat non uni domino, quandoquidem duos habet, & eorum pecuniam dedit, sed utrique pro portione; de quo hoc loco. Quod solum si hic statueretur, nihil erat, quod de eo quidquam nominatim moneret Ulpianus, cum ex superioribus res esset expedita. Sed progreditur quæstio longius, idque est, quod præcipue hoc loco agitur. Inde enim quæsitum est in hac divisione condictionis, pro qua parte huius pecuniæ condictio dominis acquiratur: utrum pro parte indivisa singulorum corporum, an vero pro iis partibus, quæ fiunt numero. Et ait Ulpianus, si decem, exempli gratia, a servo communi data sint, *quintum*, idest, quinorum nummorum singulis dominis *competere actionem*: significans hos nummos inter dominos dividi non corporibus, sed numero; idest, ita, non ut singuli habeant partem indivisam in singulis ex decem, sed ut decem numero in quina, seu in bis quinque divisis uni domino cedant solida quinque, alteri altera quinque, atque hoc modo singulis pro his partibus condictio acquiratur. *Nam etsi*, inquit, *unus ex dominis ipsis nummos communes crediderit centum, potest auctore Papiniano quinquaginta condicere*. His exemplis confirmatur ea sententia, quæ clarius aliis locis generaliter tradita est: cum pecunia, itemque res cæteræ, quæ pondere, numero, mensurave constant, inter aliquos dividi debent, divisionem inter eos fieri numero, non ita ut partes singulorum corporum cuique debeantur. *L. in stipulationibus, infr. de verb. obl. L. cum Stichus, infr. de sol.* Addit Ulpianus, *etiam si singula corpora communia fuerint*. Quibus verbis declarat scire se singula corpora nummorum tunc cum data sunt, communia fuisse, & hoc aliquid dubitationis adversus superiorem sententiam adferre posse: se tamen quominus in ea sententia cum Papiniano maneat,

neat, ea obiectione non moveri. Sed cur non movetur? nam si singuli socii singulorum corporum domini fuerunt, etiam singulorum corporum partem mutuo dedisse intelliguntur: quamobrem & eius partis condictionem esse oportuit. Dicendum est haec vere dici, si divisionem naturalem hic sequamur. Sed iure civili ea divisio recepta est, quam dixi, ut pecunia inter plures socios pro numero nummorum dividatur propter utilitatem & commoditatem. *d. L. cum Stichus, infr. de sol.* Utilitas & commoditas in eo est: quod cum in hac divisione non est periculum, ne creditor plus accipiat, aut debitor plus solvat: tum vero facilius est debitori quinquaginta expedire, quae det uni ex creditoribus, quam dare solida centum, quantumvis danti cum accipiente futura sint communia: & creditori facilius tractare quinquaginta sua, quam centum pro parte indivisa.

Ad L. Si filiusfamilias 14.

Idem lib. 29. ad Edictum.

Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit: patri nummos vendicanti nulla exceptio obiicietur. Sed si consumpti sunt nummi a creditore: Marcellus ait cessare condictionem: quoniam toties condictio datur, quoties ex ea caussa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum, crediti magis est cessare repetitionem.

S U M M A R I A.

1. *Consumptionis effectus: & num. 6.*
2. *Solutae a filiofamilias pecuniae quae illi mutua data erat, nec vindicatio illi, nec condictio competit.*
3. *Nummos a filiofam. solutos quos pater possit vindicare.*
4. *Adventicii etiam peculii nummos esse patris.*
5. *Peculii administratione libera concessa, non idem filium posse de peculio solvere, quod mutui nomine debuerit.*
7. *Pecuniae a filiofam. solutae & translatae condictionem patri non dari; & cur.*
8. *Pecuniae a filiofam. solutae quae patris esset, deinde post bona fide consumptae patri condictionem non dari, quomodo accipiendum.*

1 EXplicatur hoc loco, quod de pecunia numerata, & apud accipientem consumpta proxime dictum est; ut scilicet quod traditum est, pecunia consumpta esse condictionem, intelligatur locum habere in mutuo, de quo illic actum est, & generaliter in iis caussis in quibus si pecuniae dominium in accipientem translatum esset, statim nasceretur condictio; contra vero, quibus in caussis si dominium translatum esset, condictio non nasceretur, in his nec pecunia consumpta nasci condictionem. Quod huc pertinet in summa, ut declaretur in condictione acquirenda consumptionem pecuniae vim translationis habere, nihil amplius: ita fieri, ut ubi pecuniae translatio condictionem det, illic det & consumptio; ubi autem dominio translato nulla condictio fit, ibi nec condictio fit ex consumptione. Id autem demonstratur hoc loco in hac specie. Senatusconsultum Macedonianum filiosfamilias certis conditionibus mutuam pecuniam dari vetat; certe si data sit, vetat eo nomine dari actionem. *L. 1. infr. de Sen. Mac.* Contra hoc Senatusconsultum filiusfamilias mutuam pecuniam acceperat. Is cum senatusconsulti exceptione tutus teneretur: tamen bonam fidem agnoscere volens pecuniam ultro solvit. Quaesitum est, an eius pecuniae exstantis vindicatio patri danda sit, consumptae condictio. † 2
Consulto de patre tantum hic quaeritur, non etiam de filio; quia hoc ratum esse debet, filio in proposito pecuniae ab illo ita solutae neque vindicationem esse posse, neque condictionem, Non datur ei vindicatio; quia haec tantum domino competit. *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. & act.* Filius autem familias quaecunque pecunia ab eo soluta sit, eius solutae dominus esse non potest. Nam si pecuniam castrensis peculii solvit, idest, suam, hoc ipso dominium transtulit, quia voluit: quo facto simul & dominus esse desiit. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Sin pecuniam dedit profecti-

fecticii peculil, aut adventicii: non potest nunc eius dominus esse, qui ante non fuit: nam ante dominus non fuit, ut paulo post amplius dicetur. Vindicatio ergo pecuniæ, ut dixi, filiofamilias non datur. Multo vero minus datur condictio: non enim ita solvit, ut repeteret; quin potius ita, ne repeteret: solvit enim non errans, aut coactus, sed sciens & sua sponte: Nunquam autem numeratio obligat eum qui accepit, nisi cum id ipsum agitur, ut confestim obligetur. *L. non omnis*, *infr. eod.* Sed & natura debitum solvit; huius debiti soluti nulla est condictio, quamvis is qui solvit, exceptionem perpetuam habuerit. *L. si pœnæ*, *L. qui exceptionem*, *infr. de con. ind.* Quare recte solum de patre hic quæritur. De quo hoc in summa responsum est Ulpiani: exstantium quidem nummorum qui a filiofamilias soluti sunt, patri vindicationem dari posse: consumptorum autem, si quidem bona fide consumpti sint a creditore, ut vindicationem, sic condictionem omnino non esse. 3 † *Patri*, inquit, *nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur*. Si hoc dicit, patrem nummos a filio solutos omnimodo vindicare posse ita, ut nulla possit exceptio vindicanti opponi (quæ prima fronte horum verborum sententia esse videtur) sententia multis modis falsa est. Quid enim, si filius solverit pecuniam alienam? hanc pater qui dominus non fuit, vindicare non potest. *L. in rem*, *supr. de rei vind.* Quid, si pecunia fuit peculiaris, sed castrensis peculii, aut quasi castrensis? Hæc filii propria fuit, non patris, ut si a filio in aliquem translata sit, non possit a patre, neque hac neque alia actione revocari. §. 1. *Inst. quib. non est per. fac. test.* *L.* 1. §. *nec castrense*, *infr. de coll. bo.* Illud quidem absurdum est patrem eius pecuniæ dominum videri post eius alienationem, si ante quam alienaretur, dominus non fuit. Quid, si non sit pecunia castrensis peculii, sed adventicia, donata tamen filiofamilias ea conditione, ut eam creditori solvat, & solverit? Placet videri eam quasi a donatore profectam fieri accipientis, ut pater vindicare vel repetere non possit. *L. sed etsi*, §. 1. *infr. de sen. Mac.* Quid ergo est? Et verba superiora diligenter expendenda sunt. Non dicit Ulpianus patrem nummos vindicare posse; *sed patri vindicanti nullam exceptionem obiici*. His verbis, *patri nummos vindicanti*, exprimitur conditio, si pater nummos vindicet: nempe iure vindicet, ut suos, ut verbum cum effectu accipiatur. *L. pen.* §. 1. *supr. si quis eum qui in ius vo. est*. Itaque hoc dicere intelligitur, si pater vindicet nummos, qui eius ante fuerunt, non ideo eum exceptione summoveri posse, quia filius eos creditori suo solverit: ut definitio sit non de vindicatione, sed de exceptione vindicanti non opponenda, quæ ex facto filii nasci videbatur: de quo mox. Convenit autem inter omnes conditionem non ponere aut affirmare id, quod est in conditione. *L. si quis sub conditione*, *infr. si quis omis. cau. test.* Quapropter hæc conditio, *si pater nummos suos vindicet*, non statuit nummos a filio solutos semper futuros patris, ut eos pater iure pro suis possit vindicare; sed significat, si aliquando eius erunt, ut tanquam suos vindicet, tum fore, *ut vindicanti nulla exceptio obiiciatur*. Ita nihil amplius hæc conditio tribuit patri in vindicando, quam quod ei per ius licet facere. In quo si quæritur quid ei liceat: dicendum est patrem nummos a filio solutos vindicare posse eos tantum, qui fuerunt patris, cum solverentur. † In hoc numero esse omnes cum eius 4 proprios, tum filii peculiares qui profecticii peculii aut adventicii fuerunt. Nam profecticium peculium omni iure est patris. §. 1. *Inst. per quas per. no. acq.* De adventicia pecunia dubitari potest propter constitutiones, quibus adventiciorum bonorum ususfructus tantum patri tribuitur. *d.* §. 1. *L. cum oportet*, *C. de bon. quæ lib.* Sed ut iam supra dixi ad *L.* 2. §. *creditum. eod.* proprium hoc est pecuniæ, vini, olei, & similium rerum, quæ usu consumuntur, ut cum earum ususfructus constitutus est, propter usumfructum etiam 1 proprietas earum rerum in fructuarium transferatur: quia sine proprietate fructuarius eas res suo iure consumere, idest, his uti & frui non posset. *L. si vini*, *supr. de us. ear. rer. quæ us. cons.* Quæ res facit, ut usufructu bonorum adventiciorum iure patri tributo, etiam superiorum rerum proprietas eodem iure patri data intelligatur. Solum ex adventiciis nummis excipiemus eos, qui ita donati sunt filio, ut eos creditori solveret. Nam hi soluti fiunt creditoris, ut supra diximus, quasi a donatore ipso ad creditorem profecti. *L. sed etsi*, §. 1. *de Sen. Mac.* Et certe non proprie hi nummi dici possunt esse quæsiti, ut sint in peculio filii: cum ita dati sint, ne apud filium maneant. *L. aliud est capere*, *infr. de ver. sig.* Cætera, quæ filius solvit, aut plane aliena sunt, aut sunt peculii castrensis, vel quasi castrensis: quorum nihil est patris, eoque nec potest ab illo vindicari: nam & peculium castrense, & quasi castrense pro-

prium

prium est, ut dixi, filiorum familias. §. 1. *Inst. per quas pers. no. acq.* Quæ ad ius & dominium nummorum pertinentia quia in iure vetere olim certa erant: ideo Ulpianus quorum nummorum vindicatio patri competeret, hic prætermisit. Tantum attigit in ea vindicatione, quod de exceptione videbatur posse dubitari, num qua scilicet exceptio quandoque patri nummos suos vindicanti posset obiici ex facto filii. Diceret enim aliquis, cum filius pecuniam mutuatus, quam natura debeat, ultro nummos peculiares solverit, & bonam fidem in eo sit secutus: iniquum esse eos creditori auferri, qui suum receperit: proinde & patri eos quandoque vindicanti doli mali exceptionem opponi posse. Sed hoc explicatu facilius est, si nihil de alienatione peculii filiofamilias a patre concessum erit. Dicetur enim creditori nihil dolo facere patrem, qui suum vindicando suo iure utitur. *L. nullus videtur, infr. de reg. iur.* Nam quod filius eos nummos solvit, factum filii esse, quod patri nocere non potuit. *L. filius, C. de pact. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Illud magis dubium. Quid enim, si pater concesserit filio liberam peculii administrationem, & filius peculiares nummos solverit? an non saltem hoc casu filium recte ut ex voluntate patris solvisse dicemus: ut si pater contra quam voluit, pecuniam repetat, merito
5 doli mali exceptio illi obiiciatur? † Ulpianus his verbis, *nulla exceptio obiicietur*, indicare voluit, ne hanc quidem concessionem administrationis obstare posse patri, quominus pecuniam a filio solutam vindicet. Et recte: hac enim concessione non continetur alienatio donationis caussa facta. *L. 2. infr. de don. L. 3. in pr.* illic, *ut puta*, insr. de sen. Mac. Cum autem filiusfamilias pecuniam sibi contra senatusconsultum creditam solvit, intelligitur donare. Non enim cogebatur solvere tutus exceptione senatusconsulti. Donari autem intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, infr. de reg. iur.* Hæc de vindicatione exstantium nummorum. De consumptorum condictione videamus. Ait Ulpianus de Marcelli sententia, *si fuerint consumpti a creditore nummi, cessare condictionem*. Prius de vindicatione ostenderat, hanc cessare in persona filii. Nunc de condictione scribit infinite, *hanc cessare*, ut intelligeremus in totum cessare, idest, non tantum in persona filii, qui consulto ita solvit, ne unquam repeteret; sed etiam in persona patris, de quo præcipue quæritur, quamvis nihil ille fecerit, quominus repeteret. Hic occurrebat ex adverso exemplum eius pecuniæ, quæ a servo mutua data est: hæc in ea caussa est, ut quemadmodum exstantis vindicatio domino datur, ita & consumptæ detur condictio: quam sententiam prius legimus in *L. rogasti, § ult.* & *L. nam etsi, supr. eod.* Cur non igitur idem statuamus & in ea pecunia, quæ a servo, aut filiofamilias soluta est; ut quoniam exstantis vindicationem patri dominove competere placet, similiter etiam & consumptæ condictionem acquiri admittamus? Nos, opinor, commodissime & brevissime ita responderemus: aliam caussam esse pecuniæ a filiofam. aut servo mutuo datæ, aliam solutæ. Mutuo datæ & consumptæ condictionem patri dominove acquiri, quia ea lege data est, ut redderetur, & ex ea numeratione nasceretur obligatio: quæ conventio consumptione, tanquam translatione quadam dominii confirmatur. Mutata ratione evenire, ne solutæ & consumptæ condictio patri aut domino acquiratur: quippe non eo animo pecuniam solvi, ut inde obligatio nascatur, sed potius contra, ut pecunia perpetuo apud creditorem maneat. Neque vero contra conventionem obligatio ex numeratione nasci potest. *L. non omnis, infr. eod.* Ita conventio & propositum eorum, inter quos res agitur, has numerationes aperte distinguit. Sed visum est Marcello alia ratione obiectionem diluere, ut velit quidem & ipse aliam caussam esse pecuniæ mutuo, & similibus ex caussis datæ, aliam solutæ; † sed dissimilitudinem statuat in 6
eo, quod in mutuo, & similibus caussis si pecuniæ dominium statim transferatur, confestim quoque nascatur condictio: in pecunia autem soluta nequaquam. Sic autem definit: *quoniam toties condictio* (intellige nummorum consumptorum, de quibus est sermo) horum, inquam, consumptorum *toties condictio datur, quoties ex ea caussa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset*. Exempli gratia: in mutuo si statim pecuniæ dominium ad accipientem transeat, statim is quoque obligatur, teneturque danti certi condictione. *Inst. quib. mo. re cont. ob. in pr.* In hac caussa recte dicetur, etsi ab initio pecunia ad accipientem non transierit, si tamen ab eo consumatur postea, condictionem acquiri vel danti, vel ei cuius sit in potestate. At quamobrem? non propter conventionem; sed propter potestatem consumptionis, quæ translationis vim obtinet: ut consequens sit quæ translatis nummis condictio est, eandem & his consumptis tanquam

quam translatis esse debere. Hoc autem sentit Marcellus, toties solum condictionem nummorum consumptorum dari, quoties ex ea caussa, quam diximus, numerati sunt, non aliter. Unde ita assumit. *At in proposito, non esset.* Hoc dicit: at in proposito, cum pecunia a filiofamilias soluta est, si dominium ad accipientem transisset, non esset actio ex ea solutione. Ex quo intelligi vult, nec si nummi postea consumpti sint, qui translati ab initio non erant, condictionem futuram ex consumptione. Et recte hoc quoque statuit ex eadem vi consumptionis. Ut enim plurimum consumptioni tribuamus; tamen hoc summum est, quod pro dominii translatione habetur. *L. non omnis, §. si pupillus, infr. eod.* Est autem absurdum consumptionem, quæ similitudinem tantum translationis habet, plus posse, quam veram translationem. Quare recte colligitur, si quibus in caussis naturalis pecuniæ translatio condictionem non parit, in his consumptionem multo minus parituram.

7 † Quod ait, in proposito actionem non esse, si pecuniæ a filiofamilias solutæ dominium statim ad accipientem transiret, certissimum est. Quid enim, si nummos solverit voluntate patris? non solum hic videbitur ipse pater nummos dedisse: sed etiam mutuum comprobasse, quo casu cessat senatusconsultum. *L. si tantum, L. si filiusfa. infr. de sen. Mac.* Idem est, etsi filius nummos castrensis aut quasi castrensis peculii solverit, nempe suos. *L. s. in fin. & L. 2. infr. eod.* Idem, si solverit pecuniam sibi donatam ea conditione, ut eam creditori solveret. *d. L. sed etsi, §. s. infr. eod.* Sed tamen quo certius sit dominio pecuniæ solutæ statim translato, pecuniæ condictionem non dari, omissis omnibus aliis argumentis hoc ut certissimo utitur. *Denique*, inquit, *per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.* Argumentum est efficax ex comparatione maiorum. Facilius enim pecuniæ per errorem solutæ repetitio detur, quam consulto solutæ. Imo illic condictio prodita est: hic cessat repetitio. *L. 1. infr. de cond. ind.* Proinde maius & difficilius pecuniæ per errorem solutæ condictionem denegari. Atqui si filiusfamilias pecuniam contra senatusconsultum mutuatus per errorem solvat, dum putat se teneri: sive in iure erret, sive in facto, eius pecuniæ repetitionem non habet, quia natura debuit. *L. sed etsi, in fi. & L. seq. infr. de sen. Mac. L. qui exceptionem, infr. de cond. ind.* Multo ergo minus pecuniæ condictionem habebit, si consulto solverit. Notandum autem, quod dicitur soluti contra senatusconsultum crediti cessare repetitionem. Recte *soluti*, ut intelligamus eius crediti solutionem ei qui mutuum accepit nocere. Diversum est, si is paterfamilias factus id creditum promittendo solum caverit: nam si per errorem facti promiserit, cautio ei non nocebit, quia si ex ea petatur, defendatur in factum exceptione. *L. ult. infr. de sen. Mac.* Et hactenus Marcelli ratio, & rationis confirmatio intellecta est.

† Sed videamus, ne sententia ipsa falsa sit, 8
cum ait, sine exceptione nummis consumptis in proposito cessare condictionem: & ad id probandum æque ratio eius infirma. Esto enim, ne sit condictio indebiti, aut alia quæ adversus bonæ fidei possessorem detur. At certe poterit interdum esse condictio furtiva. Quid enim, si creditor scivit nummos qui a filio solvebantur, esse peculiares: proinde huiusmodi, qui essent in dominio patris? Hic condictione furtiva sine dubio tenebitur: ut qui alienos nummos sciens contrectet, & contrectando furtum faciat. *L. 1. §. s infr. de fur. L. 3. C. dep.* Cumque hæc condictio domino competat, *L. 1. infr. de cond. fur.* necesse est eam in proposito dari patri, qui nummorum dominus fuerit. Nec minus nummis furtivis consumptis, quam exstantibus dabitur, ut est ius huius condictionis. *L. in re furtiva, L. ultim. infr. de cond. fur.* Ad hanc porro condictionem removendam plus quam ineptum sit dicere, ideo eam non competere alienis nummis consumptis, quia si dominium eorum ab initio translatum esset, non competeret: cum nunquam neque exstantibus neque consumptis nummis aliter competat, quam si dominium in accipientem non sit translatum. Et non dubium est, quin in proposito falsum sit consumptis nummis cessare condictionem, si id dictum sit de omni condictione, vel potius de omnibus creditoribus, non solum qui filium pecuniæ transferendæ ius habere existiment, sed etiam qui sciant non habere. Sed ex conditione adiecta apparet, de qua condictione Marcellus sentiat; & per condictionem de quibus creditoribus. Cum enim ait *cessare condictionem, si fuerint consumpti nummi*; perspicuum est sentire eum de ea condictione, quæ hac ipsa conditione competat, *si nummi consumpti fuerint*, seu quæ consumptis nummis nascatur, cum prius non competeret. De hac si quæritur, verissime dicetur omnem eam in proposito cessare, quæ ex con-

sum-

sumptione nascatur: habetque id manifestam rationem, quam supra dixi: quia cum de vi consumptionis agitur, absurdum sit ad condictionem pariendam plus posse consumptionem, quæ imaginaria quædam translatio est, quam veram translationem. At hoc ad condictionem furtivam non pertinet. Hæc enim non nascitur nummis consumptis, sed exstantibus, dum scilicet contrectantur exstantes adhuc: ex quo cum semel nasci cœperit, tum deinde etiam consumptis nummis perseverat. Quinimo quamvis consumptis nummis, iure tamen non videtur condictio furtiva competere, nisi exstantibus: quoniam his consumptis ideo tenetur fur, quia perinde nummi habentur, quasi exstarent, propter moram, quam fur perpetuo facere intelligitur: *L. in re*, §. 1. *L. ult. infr. de condict. fur.* cuius vis est ea, ut res post moram exstincta semper exstare intelligatur. *L. nemo rem*, §. 1. *infr. de ver. ob.* Ex quo intelligimus de condictione furtiva Marcellum non sentire, sed eam removere verbis: proinde nec agere de eo creditore, qui scierit nummos alienos a filiofam. solvi; sed de eo, qui bona fide pecuniam acceperit, & consumpserit: sive quod solventem filiumfamilias esse ignoraret: sive quod dum sciret esse filiumfamilias, tamen persuasus esset solutam pecuniam esse castrensis peculii, aut eam quæ filiofamilias donata esset ea lege, ut creditori solveret. Quibus casibus pecuniam recte solvi & in accipientem transferri supra ostendimus. Et in summa ex hac conditione si nummi consumpti fuerint, manifestum est Marcellum & Ulpianum agere de ea solutione nummorum, quæ omnia alia habens ad defensionem creditoris, nihil patri relinquat ad condictionem soluti, præter unicam nummorum consumptionem: quod non cadit nisi in eam quæ creditoris bonam fidem in accipiendo & consumendo habeat. Quod si ita est, intelligere possumus nihil huic loco adversari *L. sed etsi*, §. 1. *infr. de Sen. Mac.* Quod enim illic ita scriptum est: *si pecunia filiofamilias simpliciter donata sit, alienationem nummorum filium non habere: & ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere:* significat quidem patri eam competere, non tantum si nummi exstent, sed etiam si consumpti sint. Sed agitur eo loco de ea pecunia, quam constet a filiofamilias solutam, & ei donatam fuisse *simpliciter*, non ea lege, ut eam creditori solveret. Idque intelligitur ex eo, quod non dubitatur, an creditor tutus sit propter bonam fidem; sed an ob id solum, quod pecunia, quæ soluta est, donata fuerit filiofamilias ab extraneo, non autem a patre profecta: quasi ideo videatur cessare debere repetitio, quia eius pecuniæ solutio patri non noceat, ut cui eo facto nihil absit. Et placet nihil prodesse creditori, quod pecunia donata sit filio; quia etsi quæsita est ex caussa donationis; quæsita est tamen, & quæsita patri: ut proinde filius eius deinceps alienationem non habuerit. Sed & illic de eo creditore agi, qui pecuniam ita simpliciter donatam non ignoret, ut diximus, multo certius ex eo intelligitur, quod Ulpianus sine hæsitatione ait, *si filius eam pecuniam solverit, condictionem patri ex omni eventu competere*. Ut enim his verbis non dubitatur, quin dicat patri condictionem competere ex hoc eventu, si nummi consumpti sint: ita nec illud dubitandum est quin in alterum quoque eventum condictionem competere dicat, etsi nummi adhuc non sint consumpti, sed exstent: ut sit sensus, condictionem patri competere ex consumptis nummis, & exstantibus. Constat autem patri eidemque domino condictionem exstantium nummorum nullam dari, nisi furtivam: id enim est, quod dicitur, neminem rem suam condicere præterquam a fure. §. *sic itaque*; *Inst. de act.* *L. ult. supr. usuf. quem. cav.*

Ad L. Singularia. 15.

Idem Lib. 31. Digest.

Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est: ut cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas: videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quibus in caussis benigne contrahatur.*
2. *Scopus & sententia Ulpiani in hac* L.
3. *Capita summa de quibus hic quæratur.*
4. Recepta, *non* præcepta *hic legendum, ut in* Florent.
5. *Singularia quæ in mutuo, & quibus in caussis recepta.*
6. *Speciale nihil in specie* L. certi §. si nummos, *hic.*
7. *Singulare nihil in mutuo consumptione confirmato.*
8. L. si pro mutua, C. eod. *exposita.*
9. *Singulare nihil in pecunia, quam tutor sibi creditum scribendo, sibi mutuam facit.*
10. *Singulare nihil in eo, quod pecunia mutuo data & in stipulatum deducta ex stipulatione debetur.*
11. *Singulare non est, quod ex mutua pecunia non debentur usuræ citra stipulationem.*
12. *Singularia in mutuo recepta cur recepta.*
13. *Singularia recipi circa pecuniam creditam, quomodo accipiendum, & crediti verbo mutuam intelligi debere.*
14. *Singularia in mutuo recepta recte dici, etiam quæ in aliis rebus & caussis recepta sunt.*
15. *Singulare receptum in mutuo non significat speciale & proprium.*
16. *Mutuum contrahi, cum iussi debitorem meum pecuniam tibi dare, ut eam ex mutui caussa mihi debeas: & cur.*
17. *Celeritate actionum coniungendarum unam actionem occultari, quid sit in* L. 3. §. ult. D. de donat. int. vir. & uxo.
18. *Brevis manus.*
19. *Debitore meo pecuniam tibi dante iussu meo, mutuum inter nos contrahi, si convenit, ut esset mutua.*
20. *Item si mihi ab illo dari pecunia potuit, & a me ad te proficisci: & hoc quibus rebus contineatur.*
21. *Item si pecunia tibi a meo debitore data sit.*
22. L. qui negotia, mand. *quum multis nominibus videri possit contraria huic L. & difficultas conciliationis.*
23. L. qui negotia mand. *species & sententia.*
24. *Epistola.*
25. *Apud se esse, idest, domi.*
26. L. singularia, in fi. *species, qua in re discrepet a specie* L. qui negotia, *& quam cum illa non pugnet, deque Ulpiani sententia.*
27. *Retinendi verbum.*
28. *Fingi factum, ubi fieri potuit.*
29. *Mutuam pecuniam recte dici tunc fieri, cum convenit cum præsente debitore, ut eam crediti nomine retineret, nec refragari Africanum.*
30. *Benigne receptum quid sit in* L. qui negotia.
31. *Conciliationis utriusque loci summa.*
32. L. si pro mutua, C. si cer. pet. *explicatur.*
33. L. si ex pretio, C. si cer. pet. *sententia.*
34. *Mutuam pecuniam fieri de qua convenit, ut debitor eam retineret, etsi pecunia in conspectu creditoris non fuerit, & quatenus ut dari possit, exigamus.*
35. *Ex vetere caussa debitorem liberari, qui ex mutui caussa eandem pecuniam debere incipit; & quo iure liberetur.*

QUod exigitur in mutuo, ut de meo tuum fiat, *L. 2. §. appellata, sup. eod* id efficit, ut sive pecunia omnino nulla tibi data fuerit, idest, ita aliunde tradita, ut tua fieret: sive data quidem, sed non a me profecta; idest, non ita data, ut tua fieret de meo: eam tu tanquam mutuam, seu mutui nomine mihi debere non possis. Sane si quis suam mutuam dedit alii tanquam meam, seu meo nomine, ut & mea fieret, & tanquam mutua mihi deberetur: perinde habetur, quasi ego dedissem, sive ego mandavi, ut ille daret, sive cum me absente dedisset, ego ratum habui. Ideo utroque casu condictionem eius pecuniæ mihi acquiri placet. *L. certi, §. si nummos, supr. eod.* Quæ condictio cum secundum regulas mutui acquiratur, utpote de pecunia quæ voluntate domini mea facta sit, & a me per illum tradita, ut suo loco ostendi: fatendum est eam iure communi, non singulari acquiri.

Tunc

Tunc ergo a me non profectam accipiemus, cum neque ego dedi, neque alius meo nomine. Quod si fit, pecunia, ut dixi, secundum legem supra scriptam tibi mutua non efficietur, ut mihi eam crediti nomine debeas: multoque minus, si omnino nulla pecunia tibi ab ullo data sit. Et hoc subtilitas iuris exigit: sed non est perpetuum. † Iure enim singulari benigne
1 quibusdam in caussis receptum est, ut quamvis neque ego pecuniam vere tibi dederim, neque alius meo nomine; tamen efficiatur mutua, & mihi eo nomine obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam mihi deberes: non id quidem, quia in bis plane mutetur superior regula mutui, ut possit esse mutuum, ubi a me creditore pecunia profecta non sit, & de mea tua facta: quod facere iuris interpretum non fuit; sed quia in his humanum sit perinde haberi, quasi mea fuerit, & a me profecta, quæ re vera profecta non fuit. Caussæ autem hæ sunt tres. Una, cum tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, dedi lancem, ut venderes, & pretio utereris, & usus es. Hic enim pretii pecunia eo loco habetur, ac si tu eam a me accepisses: quod non est iniquum ita existimari ob id, quod per caussam rei meæ eam habeas, rem autem meam in hunc usum prius a me acceperis: de qua specie dictum est in *L. rogasti, supr. eod.* Altera est, cum te mutuum rogante non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum iubeo debitorem meum tibi dare: quod vitandi circuitus caussa ita acceptum est, quasi ille prius mihi dedisset, ego deinde tibi: idque ius de hac specie ita argumenti loco hic affertur, ut tamen statuatur pro certo: idemque confirmatur in *L. qui negotia*, vers. *item quod si, infr. mand.* Differt autem hæc species ab illa, cum quis nummos suos dedit tanquam meos meo nomine, quam initio attigi. Illic enim dantur nummi nominatim, & mea caussa, & in hoc, ut mihi tanquam crediti mei nomine condictio acquiratur. In hac autem altera, de qua agimus, debitor solvit quidem nummos meo iussu; sed tamen sua caussa, nempe liberandi sui, non ullius crediti contrahendi, & mihi acquirendi gratia. Tertia species est, de qua hic ex professo agitur, cum debitori meo petenti permisi pecuniam, quam mihi ex alia caussa debebat, sibi retinere crediti nomine: in qua specie exemplo superioris mutuum hoc loco ab Ulpiano admittitur. Ex his tribus caussis etsi duæ priores nonnihil dubitationis primo habuerunt; facilius tamen in his mutuum receptum est: certe facilius recipi potuit ideo, quia non est in his omnino nuda conventio inter nos, ut pecuniam mutuam mihi debeas; sed aut proficiscitur a me in te aliquid, quod traditum pecuniæ vicem habeat, aut alius dat pecuniam tanquam de meo, cum dat, quod mihi debetur. In tertia difficilius fuit recipi, ut in qua constet nullam omnino ullius rei, aut personæ numerationem seu traditionem intervenire; sed sine traditione conveniri, ut pecuniam, quam mihi debebas, crediti nomine retineres. Hinc controversia de hac specie maior, ut declarat disputatio Africani non temere, nec passim mutuum in hac specie admittentis in *L. qui negotia, infr. mand.* Inde & quæstio ac disputatio huius loci. † In quo 2
unum hoc propositum est Ulpiano probare, in hac quoque specie recipiendum, ut conventione superiore pecunia mutua efficiatur. Nam quod de singularibus quibusdam in mutuo receptis initio dicit, quodque subiicit de illa specie, cum iussi debitorem meum tibi dare: utrumque argumenti loco per occasionem positum est, adhibitum ad superiorem sententiam confirmandam, ut collectio ex priore specie subiecta aperte ostendit in illis verbis: *quod igitur in duabus personis*. Nam si regulam de singularibus illis initio positam exemplis declarare vellet, post priorem illam speciem, quam posuerat, ita subiicere debuit: idem & in ea specie receptum est, quæ sequitur. Definitio enim non de singularibus recipiendis concepta erat, sed de receptis. Hæc caussa est, cur contentus dicere, *singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam*, nihil addidit ad eius definitionis explicationem; & exemplo utens, unum tantum attigit, de quo constaret: nam de altero satis ostendit dubitari. Scilicet ad institutum probandum erat satis hæc ita poni, ut posuit, nec erat necesse longius persequi, quod alterius rei caussa adhibebatur. Alioqui si quid de his rebus definire vellet, certius eum aliquid & plenius tradere oportuit. Hoc intelligi in primis ad cognitionem huius loci conducet: quod cum non minus ad defensionem boni auctoris pertineat, non debuit huius consilii ratio a nobis initio prætermitti. Sed quod dico, singulis partibus ad id de quo quæritur accommodatis, facilius intelligetur. Institutum est, ut dixi, Ulpiano docere, si pecuniam ex caussa mandati mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, etiam in hac specie reci-

piendum esse, ut pecunia fiat mutua. Ad id efficiendum hanc rationem & ordinem sequitur. Principio, quia huic sententiæ maxime iuris communis ratio obstabat, ideo ab huius partis occupatione statim orditur. Diceret enim aliquis (quo argumento, ut verisimile est, maxime ab iis qui dissentiebant, occurrebatur, licetque id coniicere ex *d. L. qui negotia, infr. man.*) singlare quiddam esse, & plane novum dici, contrahi mutuum sine ulla numeratione: proinde ut in superiore specie pecunia conventione fiat mutua, ubi numeratio nulla intervenit, recipiendum non videri; alioqui futurum esse, ut fiat contra rationem & regulas iuris de mutuo constitutas, cum id singulare dicatur, quod est huiusmodi. *L. in his, & L. ius singulare, supr. de legib.* nihil autem contra regulas iuris admitti posse aut debere. *L. contra, supr. de pact.* Et Ulpianus ab huius, ut dixi, obiectionis occupatione ordiens ostendit non esse, cur ea re quisquam moveatur, quominus in proposito mutuum recte contrahi statuat; singularia enim quædam recepta esse circa pecuniam creditam, indicio esse, *quod si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.* Quo dicto significat fateri se & in ea specie, de qua quæritur, singulare esse, si quis dixerit pecuniam conventione mutuam fieri, quamvis eam a me non acceperis; sed non ideo id recipiendum non esse: quippe & alia quædam esse singularia, quæ non eo minus recepta sint circa pecuniam creditam, quale est illud, quod exempli loco subiungit. Proinde si idem in proposito recipitur, nec mirum, nec novum videri debere. Neque tamen ex eo, quod singularia quædam circa mutuum recepta sunt, veluti in ea specie, quam probationis loco addidit: continuo efficitur idem ius & in proposito recipi debere, si nihil amplius sit in utraque specie, quam ius singulare. Multa enim sunt singularia, neque omnia sunt eiusdem generis, neque denique omnia mutuo conveniunt; quod vel maxime in his caussis licet perspicere. Nam illic cum debitor meus dat pecuniam, numeratio pecuniæ vera intercedit: quæ cum iussu meo proficiscatur a meo debitore, est, cur debeat pro mea existimari; & hoc ad mutuum satis. In proposito autem cum iubeo debitorem meum pecuniam mihi debitam apud se crediti nomine retinere, nulla omnino numeratio intervenit, neque mea, neque alterius: non est autem mutuum, nisi pecunia proficiscatur. *L. 2. §. creditum, supr. eod.* Idcirco Ulpianus cum priora posuisset, & hinc vellet, quod sentiebat, efficere: non statim & præcise intulit ideo & in specie proposita mutuum esse recipiendum; sed addidit, quo intelligeremus & priorem speciem, quam exempli gratia posuerat, & eam de qua quæritur, utramque ita esse eiusdem rationis, ut si in priore mutuum recipimus, consequens sit & in proposita esse admittendum. Et hoc est, quod priore specie posita ita colligit: *quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est: ut cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.* Duas personas in priore specie intelligit personas duorum debitorum meorum, veteris & novi, quorum unus tantum dat pecuniam, nempe prior, & ea solutione liberatur; alter tantum accipit, & crediti nomine accipiendo ex ea caussa mihi obligari incipit. Unam personam in posteriore specie intelligit personam unius debitoris mei, de quo superiore conventione id agitur, ut pecuniam det ex vetere caussa, atque hoc modo ea obligatione liberetur, & idem eandem pecuniam ex crediti caussa accipiat, eoque nomine mihi iam obligetur. Quid est autem, quod in priore specie in duabus illis personis debitorum meorum recipitur circa pecuniam creditam? Id quod significat in extremo; ut nimirum propter conventionem mutui, quæ mihi cum posteriore debitore intercedit, pecunia illi a me credita fiat; non quia illi a priore data sit, quod per se ad mutuum est inutile, ubi meo nomine non datur; sed quia videatur mihi prius data pecunia, & deinde a me ad posteriorem profecta. *L. 3. §. ult. infr. de don. int. vir. & ux.* Fingamus hoc idem in posteriore specie, ut cum convenit, ut unus idemque debitor pecuniam ex vetere caussa debitam, ex nova crediti mihi deberet, videatur mihi pecunia ab illo data, & a me rursum ad eum profecta. Necesse erit ob eandem caussam pecuniam mutuam fieri; quia si vere res ita gesta esset, utrobique mutuum citra controversiam pariter consisteret. At in unius huius persona idem quod in duobus debitoribus fingere debemus: quod prioris fictionis ratione cognita paulo post suo ordine intelligetur. Quapropter & in huius persona ex superiore conventione mutuum eodem modo quamvis singulari iure fiat, recipiendum est. Hæc Ulpiani sententia est de proposita specie; hæc eius confirmatio;

matio; hic ordo & progressus confirmationis. Cuius partes nobis separatim amplius attingendæ sunt: habet enim unaquæque suas dubitationes, & suas quasdam
3 cautiones. † De quibus ut certius & distinctius cognosci possit, præcidam initio quæ hic capita sint, & quid in unoquoque dubitetur. Apparet autem hic tria esse capita: Primum continet generalem hanc definitionem. Singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam: in quo quærendum omnino est, quæ sint illa singularia, quomodo singularia, & cur recepta: tum quid valeat hoc, *circa pecuniam creditam*. Secundum pertinet ad eam speciem, cum iussi debitorem meum tibi pecuniam dare, quam tanquam a me creditam mihi deberes: in quo quæritur, quam recte hoc ipsum receptum sit, ut videatur pecunia mihi a priore debitore data, & deinde a me ad novum debitorem profecta; cum constet nihil horum intervenisse re vera: & num nihil referat, pecunia a priore posteriori data sit, an promissa; & si data est, utrum me præsente data sit, an absente. Tertium proprium est huius loci; pertinetque ad eam speciem, cum iussi debitorem meum pecuniam quam mihi ex alia caussa debet, sibi retinere crediti nomine. In quo non solum dubitatur, an recte Ulpianus hanc speciem cum priore comparet, quæ videtur longe esse dissimilis; sed etiam an omnino eius sententia de hac specie recipienda sit, ut quæ videatur velut ex professo non tam responso Africani, quam manifestis eius rationibus refelli in *L. qui negotia, infr. man.* & in summa quid omnibus collatis locis de hac parte vere statui possit. Ergo de his ut est propositum, eodem ordine dicemus.

Primum ait Ulpianus: SINGULARIA QUÆDAM RECEPTA SUNT CIRCA PECU-
4 NIAM CREDITAM. † Ubi notandum est legi debere, ut in Pandectis Florentinis, *recepta*, non ut in aliis exemplaribus, *præcepta*: quæ lectio olim vulgo recepta erat. Nihil enim hic ille præcipit, ut fiat, sed tantum quid in mutuo aliis placeat, & quid in eo vulgo receptum sit, narrat. Sic & Africanus loquitur in *d. L. qui negotia, man.* Qui quod placuit pecuniam fieri creditam, eum iussi debitorem meum tibi dare, benigne receptum
5 dicit. † Hic quæritur, ut dixi, quæ sint ista singularia, & cur singularia vocemus. Et *singularia* dicimus in re quaque, quod fit contra regulam & rationem iuris eius, quod observatur in ea specie, de qua agitur. *d. L. in his*, iuncta *L. ius singulare, supr. de leg.* Hinc in mutuo singulare, quidquid contra regulas & naturam mutui in eo recipitur: cuiusmodi est, quoties placet pecuniam tibi a me fieri mutuam, ubi re vera pecuniam non dedi, sed tantum perinde habetur, quasi dedissem: si quidem lex & ratio mutui id exigit, ut de meo tuum fiat, ut initio huius legis diximus. Huiusmodi singularia quæ in mutuo recepta sint, videamus. Et puto non alio in genere recepta esse, quam cum mutuum a creditore datum non est, & tamen hoc ipsum ita accipitur, ac si datum esset, si conventio de pecunia mutua inter creditorem & debitorem intercesserit. Ut autem videatur ita datum, quod ab illo datum non sit, tribus illis in caussis receptum esse, quas initio quoque sum complexus: cum scilicet dedi tibi lancem, ut venderes, & pretio uterere; cum iussi debitorem meum tibi pecuniam dare; cum debitori ipsi meo permisi crediti nomine retinere, quod mihi ex alia caussa debebat: quarum de prima constituitur in *L. rogasti, supr.* de duabus posterioribus hac L. Utque in his tribus recipitur singulare id, quod dixi: ita puto non recipi in pluribus. At enim hoc modo eveniet, dixerit aliquis, ut non plura singularia recepta sint circa pecuniam creditam, sed unum; nempe ut fingatur pecunia mea a me tibi data, quæ non est. Nunc autem hic dicimus non unum aliquid singulare receptum esse, sed singularia quædam. Et genere quidem hoc unum est, quod fingitur; sed caussæ plures & diversæ, in quibus id recipitur. Id in his receptum plures itidem mutui species singulares efficit, quæ & ipsæ in caussa mutui receptæ sunt. Hæ receptæ, sunt illa singularia, quæ recepta esse dicimus circa pecuniam creditam, & quoniam species numero non multæ sunt, sed paucæ: ideo dicuntur singularia quædam hic recepta esse, non singularia multa, aut singularia indefinite. In summa cum de mutuo ut mutuo agitur, ut in tribus illis caussis superioribus mutuum benigne & singulari iure receptum est: ita non plures videntur, mihi quidem non plures occurrunt, in quibus singulare quidquam admittatur circa pecuniam mutuam, ut mutuam. † Nam ut paucis attingam ea quæ 6
vulgo magno apparatu in hoc numero recensentur: quod placuit, si quis nummos suos tibi dederit tanquam meos quamvis absente me & ignorante, tamen te mihi obligari: *L. certi*, §. *si nummos, supr. eod.* nihil est in eo mutuo singulare, sed omnia regulis iuris consentanea, sive de pecu-

pecunia a me in te transferenda, sive de actione mihi acquirenda agitur, ut in eius
7 loci explicatione docuimus. † Sed & illud, quod pecunia aliena data placet mutuum pecunia consumpta confirmari, quod vulgo in hoc genere numerant: non magis singulare est in mutuo, quam illud, ut mutuum pendeat, donec pecunia fiat accipientis. Nam & consumptio pecuniam accipientis facit, si modo is bona fide consumat, ut ostendimus ad *L. rogasti, §. ult. supr.* Prius autem ex mutui natura est, eoque ex iure communi. *L. proinde, supr. eod.* quamobrem non potest, quin sit & posterius. Quod autem vulgo statuunt quamvis rem æstimatam pro pecunia mutua dari posse, ut si data sit, ea summa fiat mutua, quæ in æstimatione dicta est: non nego esse eiusmodi, quod merito numeretur inter singularia ista recepta in mutuo, si quidem verum esset; sed aperte falsum est. Re enim obligatio contrahi ultra quam datum aut acceptum est, non potest. *L. si tibi, in pr. supr. de pact.* Species autem hic datæ sunt, non pecunia. Et quamvis ex rebus distractis possit pecunia confici: tamen neque id in ea specie factum est, neque id etiam a-
8 ctum ut fieret. † Id tamen probari putant. *L. si pro mutua, C. eod.* quia illic constituitur rebus ita pro pecunia mutua æstimatis datis, æstimationem eam peti posse. Sed non si ea æstimatio peti potest, idcirco efficitur, ut mutuam peti posse. Imo ita petetur, ut solet cum alias res æstimatæ dantur. Æstimatio emptionem facit: & qui rem æstimatam accipit, is tanquam emptor summæ veluti pretii debitor efficitur, *L. plerunque, §. si ante, infr. de iur. dot. L. quoties, L. cum dotem, C. de iur. dot.* Erit igitur in superiore specie non certi condictio ex mutuo, quod nullum est; sed, ut emptione contracta, ex vendito actio, *d. L. quoties, C. de iur. dot.* Illa vero qualia sunt, quæ sequuntur? In quibus mitto ea, quæ a veteribus quibusdam tradita Bartolus, & res ipsa satis reiicit. Tantum attingam ea vel quæ ille non improbat, vel in qui-
9 bus ipse hæret. † Tutor, inquiunt, sibi pecuniam pupilli creditam scribere potest, & scribendo, sibi mutuam facit. *L. quoties, §. non tantum, infr. de ad. tut.* Idem rem pupilli emere non potest: multo minus scribendo sibi emptam facere. *L. si in emptione, § ult. infr. de con. empt.* Atqui horum utrumque ex iure communi est, & communi officio ac potestate tutorum, non ex iure singulari, de quo agitur: atque adeo in potestate tutorum nihil hic inter pecuniam creditam, & aliarum rerum distractionem interest. Pecuniam pupillarem sibi creditam sumere tutor potest, sed non quovis modo; verum bona fide, idest, palam & aperte debitorem se constituendo, ut & extraneum quemlibet faceret debitorem pupillo, ut est in *L. non existimo, in fin. infr. de adm. tut.* Quod ita fit, ut ibidem adiectum est, si dum alios contutores habet, ab his pecuniam mutuam accipiat, his caveat, certasque usuras promittat, quas & alii debitores pupillo dependunt. Quod si tutor unus erit, nihil fit alienum a bona fide, si pecuniam sibi creditam palam & aperte scribat in rationibus tutelæ, eiusque pecuniæ usuras se debiturum, quantas in ea regione ab aliis debitoribus accipiuntur. Cæterum clam & mutuum dissimulando pecuniam pupilli sumere, eamque convertere in usus suos non magis tutori licet, quam res cæteras: idque si faciat, legitimis usuris, idest, maximis seu centesimis subiicitur. *L. 7. §. quæ autem, d. L. non existimo, infr. de adm. tut.* Enimvero hoc idem iuris est & in emptione rerum pupillarium, quæ distrahi possunt. Has tutor emere non potest, ut est in *d. L. si in emptione, §. ult. infr. de contr. empt.* Hoc sic accipiendum est, si non bona fide emat, nempe clam & privatim id pretium statuendo, quod velit: quod sine fraude pupilli fieri non potest: cum si res publice venum exponerentur, possent pluris distrahi. At palam & bona fide nihil ne tutor quidem ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, comparare prohibetur, ut diserte scriptum est in *L. 5. C. de contr. empt.* Id autem fit palam & aperte ita emendo, ut alius quivis extraneus faceret, dum scilicet ad auctionem exemplo cæterorum admittitur, & res plurimo licitanti addicitur: quod cuivis in cuiusvis rei auctione & licitatione concedendum est. *L. 2. C. si in cau. iud. pig. capt. sit.* Sane ad bonam fidem probandam hoc distat mutuum pecuniæ ab emptione rei pupillaris, quod tutor non potest a se emere quamvis scribat aperte in rationibus se emisse: quod in pecunia credita interdum secus est. Sed hoc, inquam, non quia inter istos contractus quidquam intersit in potestate tutorum, constitutum est; sed quia non ita fidem suam probare tutor potest in emptione res sibi emptas scribendo, ut potest in pecunia, hanc scribendo sibi esse creditam: idque propter incertitudinem pretii, & certitudinem usurarum. Nam pretium in emptione quod statuat, non est

est certum: & ideo ex aliorum licitatione & aestimatione id statui debet, ex quibus intelligetur, quod maximum pretium percipi potuerit. Usuræ autem pupillares quæ pro pecunia penduntur, sunt certæ: sunt enim eæ quæ in quaque regione frequentantur, penduntur que a cæteris debitoribus, si apud eos pecuniæ collocarentur. *d. L. 7. §. quæ autem, in fin. infr. de*
10 *ad. tut. L. 1. in pr. infr. de usur.* † Item aiunt: in mutuo hoc servatur, ut cum mutuam pecuniam quis dedit sine stipulatione, & deinde fecit stipulationem ex continenti (quod ita fit, si pecuniam dedit eo pacto, ut ea sibi stipulanti promitteretur) pecunia ex numeratione non debeatur, sed solum ex stipulatione. *L. 6. infr. de novat. L. si ita stipulatus. §. Chrysogonus, infr. de ver. obl.* Singulare hoc, inquiunt, & proprium mutui: quia ius facit, ut si semel contractus aliquis præcesserit, & stipulatio de eadem re sequatur, non novetur præcedens contractus stipulatione, sed ex utraque caussa propriæ actiones nascantur: veluti si in societate contrahenda convenerit inter socios, quid in ea fieri, & præstari vellent, idque ita inter se stipulati sint non novationis caussa: ubi eo nomine & societatis actione, & ex stipulatu agi posse placuis. *L. duo, infr. pro soc.* Imo hac ipsa ratione nihil hic singulare in mutuo, atque adeo ne mutui quidem proprium. Singulare aut proprium mutui ius esset, si ex numeratione tanquam ex certo aliquo contracto inde interposito nasceretur a principio obligatio, quæ deinde novaretur sequenti stipulatione: quod non ita est. Nam in hac specie dum huius iuris ratio explicatur in *L. cum enim, 7. infr. de novat.* nominatim ita traditur, cum pecunia data ex continenti eam stipulamur, non nasci obligationem ex numeratione, quia id agatur, ut sola stipulatio teneat. Quod si verum est, non possit hic aliunde quam ex stipulatione actio nasci, ubi non est aliud, unde nascatur. Id vero & in omnibus aliis negotiis iure communi non dico fieret, sed necesse esset fieri, si ex priore caussa obligatio non nasceretur. Sed hoc ita est in aliis caussis, ut ex quibus placet obligationem nasci, quamvis stipulatio secuta sit, eæ sint eiusmodi, quæ proprium contractum perfectum habeant, ut societatem, quo exemplo supra usi sumus: unde non possit, quin obligatio iure civili statim oriatur. Sed cur numeratio pecuniæ creditæ non habeatur huiusmodi contractus, cum si sine stipulatione numeratio intervenit, constet eam mutuum efficere, & ex ea nasci obligationem? Bene id Bartolus hoc loco expedit. Neque enim numeratio, aut traditio rei contractus est ipsa per se: sed prout contrahentibus visum est, ut quæ ad aliam rem institui possit, quam ut sit contractus: quod de emptione, societate, & similibus contractibus dici non potest. † Illud plane ri- 11
diculum est, quod inter singularia pecuniæ creditæ ponunt, quod in mutuo pecuniæ numeratæ non debentur usuræ citra stipulationem. *L. quamvis, C. de usur.* Si singulare intelligere debemus, ut debemus; quod est contra rationem iuris communis: quomodo id singulare, quod iure publico constitutum est ratione optima & æquissima propter odium usurarum? Sin intelligunt singulare, quod est speciale & proprium: quomodo hoc ius mutui proprium, quod constitutum est de contractibus stricti iuris omnibus? aut quomodo pecuniæ proprium, quod etsi in pecunia solum obtinet, quia & in hac solum usuræ locum habent; tamen palam est non propter pecuniam constitutum esse, sed odio usurarum? Quid de his dicemus, quæ ab iisdem tanquam pecuniæ propria huc afferuntur, quasi ad regulam superiorem pertinentia? Pecunia, inquiunt, consumitur sola commixtione, sique commiscentis, si nummi ita aliis admixti sint, ut discerni non possint. *L. si alieni, infr. de sol.* Item pecunia communis non corporibus dividitur, ut res cæteræ, sed numero. *L. nam etsi, § ult. supr. eod.* Item res omnes pecunia numerata æstimari possunt, aliis rebus non possunt. *L. 1. infr. de contr. em. L. si ita fideiussorem, infr. de fid.* Item, si quis acceptis ex hereditate centum aureis, & prædio Tusculano iussus sit portionem suam hereditatis restituere: placet eum prædium quidem hereditarium de communi habiturum; pecuniam autem de parte sua retenturum. *L. cum pater, in pr. infr. de legat. 2. L. deducta, §. acceptis, infr. ad Treb.* Etsi non est exploratum solam pecuniam commixtione consumi, veriusque est idem in frumento alieno contingere quod quis bona fide cum suo miscuerit, arg. *§. si duorum, ver. quod si frumentum, Inst. de rer. divi.* etsi præterea divisio quæ numero fit, non pecuniæ propria est, sed communis omnium generum. *L. in stipulationibus, infr. de ver. ob.* Postremo etsi in ea specie, cum quis accepta certa summa iussus est portionem hereditatis restituere, valde ineptum est putare id pecuniæ proprium esse, quod eam summam deducit heres de portione tantum

tum fua: cum id non propter pecuniam refpondeatur, fed propter voluntatem teftatoris, fecundum quam ea fumma de tota hereditate deduci potuit, fi teftator aperte id vellet: hæc, inquam, etfi ita funt, tamen volo omnia effe pecuniæ propria. At eft hæc tractatio hoc loco aliena, & plane nugatoria. Agitur hoc loco de his quæ funt fingularia in pecunia credita, idelt, quæ funt non propria mutui, fed quæ funt fingularis iuris, contra rationem iuris communis recepta, ut exempla fubiecta oftendunt. Superiora autem illa quæ in pecunia fieri diximus, omnia iure communi & ratione æquitatis nota, eademque naturæ pecuniæ maxime convenientes conftant. Non funt ergo fingularia. Sint tamen & hæc fingularia, quia pecuniæ propria: at erunt ita propria pecuniæ, ut non magis huius propria fint, quam illius: certe non magis creditæ, quam donatæ, aut ex alia quavis cauffa debitæ. Hic autem agitur de his, quæ fingularia funt non circa pecuniam, fed circa pecuniam creditam, idelt, mutuam. Ex quibus iam intelligi poteft, quam recte fingularia tam multa hic ftatuantur præter ea, quæ diximus. Quod fi alia omnia ex hoc numero recte removimus, conficitur fingularia hic recepta circa pecuniam creditam, tres effe illas fpecies, quas fupra pofuimus, neque hic fingula-
12 ria plura effe. † Sed cur hæc etiam recepta funt, cum fi funt fingularia, fint contra rationem iuris conftituta; nihil autem mutandum fit ex folemnibus, nifi ubi evidens æquitas id fuadeat? *L. pen. fupr. de in int. reft. L. etfi, infr. de reg. iur.* Et de prima fpecie dixi fuo loco ad *L. rogafti, fupr. eod.* De duabus pofterioribus ratio hic redditur, quæ cuiufmodi fit, in fingularum cauffarum tractatione opportunius dicetur. Verba autem Ulpiani
13 obfervanda funt. † Nam cum dixiffet fingularia quædam recepta effe: nominatim addidit, *circa pecuniam creditam*. Qui locus varie diftractus eft. Difficultatem peperit hæc obiectio: Quæ aliis in rebus quam pecunia, itemque aliis in contractibus quam mutuo locum habent, non poffunt dici fingularia effe in pecunia credita, id eft, in pecunia numerata mutua: nam quomodo fingularia in hac re aut contractu, fi funt cum aliis rebus & contractibus communia? At ea de quibus Ulpianus loquitur, in rebus aliis quam pecunia, itemque aliis in contractibus, quam mutuo, obtinent. Non funt igitur fingularia hæc *circa pecuniam creditam*, idelt, circa pecuniam numeratam mutuam. Hæc obiectio tenet eos, qui in ea propofitionem admiferunt: quod cum prope omnes fecerint, res in difficultatem inexplicabilem incidit, eoque in varias fententias diftorta eft verius, quam diftracta. Illo enim conceffo, hoc concedentibus reftabat ad diffolutionem, ut vel negarent aliis in rebus & contractibus eadem effe fingularia recepta, vel dicerent Ulpianum verbis pecuniæ creditæ non fignificare rem certam, aut contractum certum, fed generaliter rem omnem contractam: ut hoc dicere intelligatur fingularia quædam recepta effe non in pecunia tantum, aut in mutuo, fed in rebus aliis, contractibufque omnibus. Sed nihil horum licet dicere. Quid enim? negabimus aliis in rebus, quam pecunia eadem fingularia effe? Non recte negabimus. Nam fi quis vinum, oleum, frumentum certa menfura mihi debeat, & ego hæc mutua tibi effe volens, iubeam debitorem meum tibi dare, & dederit: neceffe eft tibi mutua fiant eadem ratione, qua pecunia numerata fieret, fi ille mihi pecuniam debuiffet. Cum enim cæteræ res mihi a debitore meo dari potuerunt, non minus recte in his licet dicere eas videri a debitore mihi datas, & a me ad te profectas. Atqui hac ratione pecuniam, quam ille mihi deberet, eodem iuffu fieri creditam hic fcriptum eft. Par igitur & in cæteris rebus idem admittere, ut quibus in rebus eadem ratio eft, idem quoque ius ftatuatur. *L. illud, fupr. ad leg. Aq.* Sed quod in rebus negare non licet, licebit fortaffe facere in contractibus, ut negemus in cæteris contractibus locum habere, quæ in mutuo fingularia effe hic dicuntur. Ne hoc quidem. Nam fi ego tibi iubeam debitorem meum pecuniam tibi dare, ut fit tibi a me donata: placet pro donata haberi: idque eadem illa ratione, qua hic utimur, quia & illic videatur pecunia mihi ab illo data, & a me ad te profecta: ufque adeo, ut fi donatio inter nos confiftat, puta quia fis uxor mea, nummi intelligantur mei facti, non tui, ficque intelligantur vere mihi dati, non procuratori meo: nam alioqui ego dominus non efficerer, contra quam diferte traditum eft in *L. 3. §. ult. de donat. int. vir. & uxor.* Idemque probandum eft, etfi uxor dotem datura iubeat debitorem fuum marito pecuniam folvere, aut pacifcatur cum debitore, ut quod debet, doti fibi habeat. *L. fi fponfalibus, §. 1. infr. de iur. dot.* Ergo hac defenfione exclufi tutius effe putabimus fortaffis, quod quidam ex veteribus fecerunt, confugere ad generalem fignificationem verborum:

dice

dicemusque locum sic esse interpretandum, ut velit Ulpianus singularia hæc, de quibus agit, recepta esse in pecunia credita, idest, in re omni contracta: quia & pecuniæ verbo res omnes contineantur; *L. pecuniæ verbum, L. pecuniæ nomine, infr. de verb. sig.* & crediti quoque verbum generale sit ad omnes contractus pertinens. *L.* 1. *L.* 2. *§. creditum, supr. eod.* Sed hæc tunc dici possunt, cum voluntas scriptoris non refragatur. Nunc autem perspicuum est Ulpianum hoc loco pecuniæ nomine intelligere eam, quæ proprie ita dicitur, nempe pecuniam numeratam; creditæ autem verbo intelligere mutuam, uti & hoc verbum proprie de mutuo usurpatur, ut docuit ad *L.* 2. *in fi. supr.* Quod non eo dico, quia hoc fragmentum in hunc titulum relatum sit (apparet enim ex inscriptione sumptum esse ex libro trigesimo primo Ulpiani ad edictum, quo libro de mandato scripsit) sed quia cum hic dixisset, singularia quædam esse *circa pecuniam creditam*, hanc definitionem confirmaturus, exemplis usus est duobus: quorum in priore proponit nummos datos esse, & ita, ut aperte in eo nummos vocet, quam prius pecuniam dixerat; in altero ait convenisse inter nos, ut quam pecuniam ex caussa mandati mihi debebas, eam crediti nomine retineres: ubi omnes consentiunt crediti nomine idem valere, quod mutui nomine. Neque enim dici potest convenisse inter nos, ut pecuniam retineres cuiusvis contractus nomine, cum inter nos id ageretur, ut ex certo deberes, & eo qui alius esset ab obligatione mandati. Crediti autem verbum si ad speciem refertur, non solet pro alio contractu, quam mutui usurpari. Quod si hæc in exemplis tantum sunt, non probavit Ulpianus definitionem propositam, si definitio de omnibus rebus debitis omnique contractu concepta est. Quanquam si dederimus definitionem generaliter ita esse conceptam; tamen ne sic quidem effugiemus, quin falsa sit. Nam & in rebus donatis idem iuris est, ut dixi. *d. L.* 3. *§. ult. de donat. int. vir. & uxor.* donatio autem accipientem non obligat. Ita semper verum erit, singulare id, de quo hic agitur, etiam in aliis rebus, quam creditis seu contractis receptum esse; Hæ sunt difficultates, quibus vulgus interpretum & se & hunc locum impediunt. Quæ omnes illis ex eo natæ sunt, quod in superiore obiectione concesserunt recte illud poni, si hæc de quibus hic agitur, aliis in rebus, aliisque in contractibus obtinent, non posse ea dici in pecunia numerata mutua esse singularia. Nam si id falsum est, nihil est, quod metuamus aperte fateri Ulpianum loqui de pecunia numerata mutua: & nihilominus hæc eadem singularia, de quibus dicit, in aliis rebus & negotiis admittere: cum si in omnibus admittantur, nihil in eo statuatur repugnans. † Et vero ita se res habet, ut nihil magis falsum sit, quam quæ 14
in una re aut uno contractu dicuntur singularia, dici non posse in alia re & aliis contractibus recipi, ut sint & illic singularia. Nihil enim prohibet, quominus quæ in quibusdam rebus, aut quibusdam caussis singulari ratione æquitatis contra ius recepta sunt, hæc ipsa & in aliis eadem æquitatis ratione recipiantur: quod cum fiet, non minus vere dicetur in singulis generibus, singularia quædam in his esse recepta. Ita qui singularia quædam recepta esse dicit circa pecuniam numeratam, & circa mutuum, is aliis in rebus, aut contractibus eadem locum habere posse non negat: & quia non negat, nihil dicit contrarium iis locis, in quibus eadem alibi quoque recepta esse affirmatur. Id quod Bartolus de sententia quorundam aliorum, & hanc sententiam cordatiores ex interpretibus postea secuti in contractibus admittere videntur. Non enim dubitant pecuniam creditam hic interpretari mutuam, etsi in aliis contractibus eadem singularia agnoscunt. Sed si satis explorata ratione id dicebant, quia statuerent eum qui unum dicit, alterum non negare: mirum est, quæ religio eos tenuerit, quominus pecuniam hic interpretarentur pecuniam numeratam: nam hanc Ulpianus intellegebat, ut qui eandem postea nummos appellet: & in usu iuris cum coniunctim pecunia credita aut mutua dicitur, non alia accipitur, quam pecunia numerata, ut in S. C. Macedoniano. *L.* 3. *§. is autem, L. item, §. mutui, infr. de Sen. Mac.* Nimirum id eo se facere ostendunt, quia verentur, ne falsum sit, si dicantur hæc singularia esse in pecunia numerata, cum in aliis etiam rebus mutuis eadem singularia sint. At qui in pecunia numerata dicit esse singularia, is cæteras res ideo non excludit. Deinde ipsis auctoribus eadem singularia sunt in contractibus aliis, quam mutuo; neque ideo tamen pecuniæ creditæ verbo interpretantur omnem contractum. Quid est igitur, cur propter eandem obiectionem pecuniæ verbo interpretentur res omnes mutuas contra usum verbi, & auctoris mentem? Ex quo apparet eos, quale esset, quod hic obiicitur, & quod ipsi responderent, non satis intelle-

xisse. Nos de utroque ita sine offensione respondebimus. Singularia sunt hæc circa pecuniam numeratam recepta; sed non minus circa res alias. Singularia sunt in pecunia mutua; sed nihilominus & in donata, & in dotem data, & in similibus caussis: neque qui in una re aut caussa singularia quædam esse dicit, is in aliis eadem locum habere negat. Sed si aliis quoque in rebus & contractibus eadem singularia admittimus, & nihilominus Ulpianum interpretamur dicere singularia quædam esse circa pecuniam numeratam, & eam mutuam: videamus, ne definitio dupliciter vitiosa sit, & quia inepta, & quia falsa. inepta, quia nominatim adiecerit circa pecuniam mutuam, cum generaliter de omnibus & rebus & contractibus definire deberet, aut certe non potius unam speciem exprimere, quam cæteras. Falsa, quia vocet ea singularia in mutuo, & pecunia, quæ sint mutuo cum aliis contractibus & rebus communia, quod significationi verbi adversari videtur. Sed nihil ho[illegible] movere nos debet. Ulpianus adiecit nominatim circa pecuniam creditam, idest, mutuam: quia proposito servire voluit. Si definitionem de singularibus tradere voluisset, quibus in caussis ea locum haberent, generaliter eum definire oportebat de omnibus: unam vero speciem exprimere in eo quod ad tam multas pertineret, non potuit, nisi inepte. Sed proposita erat quæstio de pecunia numerata mihi debita, de qua convenisset, ut esset debitori meo mutua sine ulla naturali numeratione: atque hanc mutuam fieri probare instituebat. Ad id defendendum satis erat docere singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam huic, de quo quæritur, similia. Idcirco proposito serviens de pecunia credita tantum dixit, omissa quæstione, an in aliis quoque rebus mutuis & aliis negotiis eadem singularia locum haberent, quia ad institutum non pertinebat. Quod autem dixit singularia quædam esse in mutuo, quæ sunt mutuo cum aliis contractibus communia, non
15 potest falsum videri nisi his, † qui putabunt singulare idem esse, quod speciale, ut vocant, & proprium in mutuo. Quæ si verbi significatio esset, recte diceremus, quod esset singulare in re aliqua, aut contractu aliquo, id ad alias res aut alios contractus non pertinere, quia quod alicuius rei proprium sit, id non sit commune. Sed longe aliud est singulare, aliud speciale, vel proprium. Singulare est, ut sæpe iam diximus, quod contra rationem iuris receptum est. Id nihil vetat, quominus receptum semel in una caussa, recipiatur quoque & in aliis multis eadem æquitatis ratione ita suadente, ut in singularibus his, de quibus hic agitur, tum circa pecuniam numeratam, tum circa mutuum evenire diximus. Quod cum sit, apparet quod in una caussa singulare sit, id eius caussæ proprium non esse, sed cum aliis commune: & quidem ita, ut cum commune sit omnium; nihilominus tamen recte dicatur in unaquaque singulare: quia singulare sit, non quod abhorreat ab aliis rebus & caussis, sed quod alienum sit a iure communi: quibuscunque autem in caussis id ius receptum sit, semper verum sit id a iure communi pariter recedere. Ac de definitione huius loci satis dictum est. Venio ad eas species, quæ sequuntur, in quibus reliqua duo capita eius loci posuimus.

Secundum ergo caput † pertinet ad eam 16
speciem, cum iussi debitorem meum tibi pecuniam dare, ut eam mihi ex caussa mutui debeas: in qua quæritur, cur placeat te mihi obligari, cum, ut dixi, in mutuo pecuniam de mea tuam fieri oporteat, proinde & a me proficisci, ut sit a me mutuum: in proposito autem neutrum contingat, ubi & pecunia debitoris fuerit, non mea, & ab illo profecta, non a me, quoniam suo nomine dabat, ut se liberaret, non meo, aut mutui mecum contrahendi caussa. Benigne hoc receptum est, inquit Africanus in *L. qui negotia, ver. item quod, infr. man.* Sed ille his verbis quo iure id receptum sit, ostendit, non quamobrem: nos autem amplius quærimus, cur benigne receptum sit, quæque huius benignitatis & humanitatis ratio fuerit. Reddit rationem Ulpianus hoc loco, quia etsi non fuerit re vera pecunia mea facta, & a me tibi tradita, tamen cum a debitore meo, qui mihi daturus erat, meo iussu tibi data sit, utrumque illud perinde haberi debeat, quasi factum esset: *ut videatur scilicet ab illo mihi data, & a me ad te profecta:* quod si vere fieret, nemo dubitaret, quin secundum regulas iuris recte contraheretur mutuum. Et est quidem ita, ut videri debeat mihi data, & a me ad te profecta, ut diximus. Sed cur videri debeat, non perinde liquet: nihil enim eorum hic fit re vera. Quapropter hoc etiam nobis faciendum est, ut cur ita videatur factum, planius doceamus. † id idem Ulpianus attigit in 17
L. 3. §. ult. infr. de donat. int. vir. & ux. cum in specie non dissimili eiusmodi dationem eo fingi ait, quia *celeritate coniungendarum actionum una actio occultetur*. Sed & hoc etiam obscurius, nisi explice-

plicetur. Proinde dicam, quod videatur facere ad utrumque locum penitus intelligendum. Manifestam ergo id, quod dicimus, rationem habet: quippe quod supervacuum sit expectari, dum a debitore meo pecunia mihi solvatur, ut ad te perveniat: cum multo celerius ad te pervenire possit, si illa a me præterito recta tibi data fuerit, ex quo id quod petis, non minus habeas, quam si ipse dedissem. Idque ita fieri est ex sententia legis, & eius iuris, quod pecuniam meam, & traditionem meam in huiusmodi negotiis transigendis exigit. Sententia legis est id, quod legi propositum est, ut fiat; finis legis cuiusque, & id quod lex consequi voluit. *L.* 3. *§. sed utrum, supr. de minor. L. contra, & L. seq. supr. de legib.* Quid autem propositum est legi, si quis proponat in specie proposita verbis legis exigi, ut ego a debitore meo pecuniam recipiam, sic deinde eam tibi tradam? nempe huc spectat id exigi, ut debitor eo facto a me liberetur, tu voluntate mea pecuniam habeas mutuam, qua utare. Quare si me iubente statim pecunia ab alio ad te pervenerit, voluntati legis satisfactum est: atque est ex sententia, ita melius & utilius est rem ita transigi, perindeque haberi, quasi ego ipse tibi tradidissem. Et generaliter ita definiendum est: Quoties res aliquæ exiguntur lege, ut fiant, non propter se, sed ut per eas ad aliud perveniatur, si sine illis rebus id quod volumus, consequi liceat, supervacuum esse res illas requirere, utpote non necessarias, & vero eas iure non desiderari. Argumento est traditio, quæ ad transferendum dominium interponitur. Sine hac iure gentium dominia non transferuntur. *L. traditionibus, C. de pac.* ut appareat hanc eo iure exigi ad dominium transferendum. Et tamen si rem meam, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi, & velim ex ea caussa tuam esse: placet sine traditione nuda voluntate statim tuam fieri. *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. dom.* Unde hoc, aut quamobrem, cum videatur superiori legi adversari, quæ traditionem exigit? Quia intellectum est lege eo traditionem desiderari, ut ad eum qui dominium acquisiturus est, perveniat rei possessio, sine qua iure gentium dominia rerum non acquiruntur. *L.* 1. *in pr. infr. de acq. poss.* Finge iam possessionem esse apud eum, cui rem quæsitam volumus. Finem traditionis, quam lex requirebat consecuti, frustra, nec minus contra legis sententiam novam traditionem desideremus. Idem & in propo-

sito accidit. Sine mea traditione pecunia iussu meo tibi a debitore meo tradita, de qua inter nos convenit, ut esset tibi mutua, efficitur mutua iuxta conventionem: nimirum quia non ad aliud numeratio mea proficeret, neque ob aliud etiam desideratur, nisi ut hæc pecunia ad te perveniat tanquam mutua. At id maxime & celerrime consequimur, si recta tibi numeretur a debitore iussu meo. Proinde si id fiet, numerationem meam non requiremus, rem non necessariam his, qui eum finem consecuti sunt, quem lex spectabat. Omninoque verum est illud, quod vulgo dicitur, planeque etiam huc referri debet: supervacuum esse pluribus fieri, quod paucioribus transigi potest. Hæc vero illa ratio est, quam in *d. L.* 3. *§. ult. de do. int. vir. & uxo.* Ulpianus idem in proposita specie significat, cum ait: si ego debitorem meum iusserim uxori meæ donationis caussa solvere, & ille solverit: perinde esse, quasi is mihi dedisset, & ego acceptos nummos donassem uxori, ut sic infirmata donatione nummi mei fiant, non uxoris, id autem eo fieri, quia *celeritate coniungendarum inter se actionum una actio occultetur.* Unam actionem occultari ait: quia si, ut ibidem scribit, res naturaliter gereretur, hic ordo rei gerendæ futurus esset, ut pecunia ad me a debitore meo, deinde a me ad mulierem perveniret. In quo si actiones ex personis spectamus, tres sunt actiones: una debitoris mei veteris, qua ille mihi daret; altera mea, qua ego ab illo acciperem, deinde acceptum traderem uxori; tertia huius ipsius, qua illa a me datum acciperet. In persona debitoris mei vere una tantum actio est, traditio nimirum; in persona quoque uxoris item una duntaxat, huius acceptio; in persona autem mea vere duæ actiones, si multitudinem & varietatem earum spectemus, quarum utraque hic occultatur. Sed dicitur una actio, ut intelligatur actio unius personæ, idest, totum id quod unus agit in hac translatione, ut recte Alciatus accepit. Nam & in Comœdiis unus actus dicitur, pars fabulæ pluribus actionibus separatis & distinctis constans, quæ comprehensæ illum actum velut totum illis partibus constans constituunt. Totam ergo meam illam actionem hic occultari ait, dum prætermittitur, & eo modo fit, ne appareat. Id autem ait, fieri *celeritate actionum inter se coniungendarum*, idest, dum id agitur, ut celeriter actiones extremæ hic inter se coniungantur: significans eo fieri, ut traditio debitoris mei

cum acceptione uxoris meæ (quæ hic duæ sunt extremæ actiones, prima nimirum & ultima) celeriter coniungatur, omissa quæ secundum naturæ ordinem intervenire media debuerat, mea actione: atque hoc modo citius & sine inutili circuitu ad finem propositum, idest, ad propositam pe-
18 cuniæ translationem perveniatur. † Quod dum fit, quia breviter fit, ideo in huiusmodi specie res brevi manu geri, & pecunia ad uxorem seu debitorem futurum brevi manu pervenire ab eodem Ulpiano sibi consentiente dicta est in *L. licet*, §. 1. *infr. de iur. dot.* Recte brevi manu, quæ breviter rem conficit, seu quæ breviorem actionem facit actionibus non necessariis prætermissis: eadem figura, qua dicitur pallida mors, quia pallidos facit. Sed quod ait Ulpianus simpliciter, *si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligari te mihi:* diligenter monendi sumus concisam esse orationem, in qua tantum de mutui obligatione positum sit, quantum ad institutum faciebat: ideo multa ad obligationem huius speciei necessaria esse prætermissa. Observandum est enim exemplum allatum ab Ulpiano, non quod tractaret ex professo, sed quo ostenderet interdum recipi in mutuo aliquid singulare, id de quo quærebatur. Id autem in proposita specie huiusmodi erat, si in ea mutuum mihi tecum contraheretur, quamvis nummos meos non acceperis. Idcirco & id solum posuit, dicens *te mihi obligari, quamvis meos nummos non acceperis.* Cæterum si de re quæritur: non dubium est, quin multo plura hic desideret mutui obligatio, quam ut satis sit iubere me debitorem meum pecuniam tibi dare. Quæ nos subiciemus, non solum quia id fieri ad cautionem huius loci pertinet, ubi facile est verba secutos in errorem incidere, quando præter illum iussum nihil hic statuitur ad mutui obligationem: sed etiam quia species ipsa per se eam explicationem desiderat, nec sunt omnia, quæ requirimus, expedita. Partim autem mutui natura, partim ea ratione quam in hac specie reddidimus, admonemur, ut tibi a me sit mutua pecunia ea, quam iussi debitorem meum tibi dare, tria hæc amplius intervenire debere: Primum ut Inter me & te convenerit separatim, ut tibi esset mutua: Deinde ut cum ego iubebo, sit hic rerum & personarum status, ut & debitor mihi dare pecuniam, & ego ab illo acceptam in te transferre potuerim per rerum naturam: Tertium, ut debitor dare iussus etiam tibi postea re vera
19 dederit. † Primum inter me & te id agi oportet, ut eam pecuniam tanquam mutuam mihi debeas: alioqui si tantum iussu meo pecunia a debitore meo tibi soluta erit, obligaris tu quidem mihi, ut eam pecuniam reddas; sed aut mandati, si tibi quoque mandavi, ut eam pecuniam acciperes, aut sine mandato, negotiorum gestorum. §. *plane, Inst. de inut. stip. L. Iulianus*, §. 1. *infr. de verb. obl. L. ex mandato*, §. 1. *infr. man.* Quod si & hic ab Ulpiano, & ab Africano in *d. L. qui negotia, ver. item quod, infr. man.* superior conventio in specie proposita prætermissa est: eo factum intelligi debet, non tantum quia alterius rei caussa hæc species obiter afferebatur, tantumque de ea attingebatur, quantum ad institutum satis erat; sed etiam quia non videbatur necesse esse eam conventionem adiici, cum ex natura negotii de quo agebatur, eam supponi debere satis intelligeretur. Certe mutui conditio hanc conventionem exigit: mutuum enim contractus est: nullus autem contractus est sine conventione, qua id ipsum agatur, ut sit is contractus quem volumus. *L. 1. §. 1. supr. de pac.* Secundum exigimus adducti ea ratione, quam paulo ante de hac specie exposuimus: cum enim iussi debitorem meum tibi dare pecuniam, ideo hic placet esse mutuum, quia *videatur mihi ab illo data pecunia, & a me ad te profecta.* † Hoc 20
ita videri potest omnino, si & per rerum naturam ita mihi ab illo dari potuerit, & a me ad te proficisci, ut in explicatione sequentis speciei pluribus dicetur. Quare & hoc ipsum ut hic fiat, superior ratio exigit. Ut autem id fiat, tribus rebus continetur, quas easdem hoc loco exigi intelligemus, si & iubeam præsentem debitorem dare, & ille pecuniam habeat, quam dare possit, si velit, & illum iubeam te præsente. Si iubeam absentem dare, non potest ab eo mihi videri pecunia data, quæ per rerum naturam tunc ab absente mihi dari non potuit. Sed etsi iubeam præsentem dare, tamen si ille fateatur pecuniam domi suæ esse, ideoque non esse ad manum, quod det, aut alio modo constet eam rem quam mutuam esse volo, non esse in eius potestate: ne sic quidem potest existimari mihi dedisse, quod ille non habuit. Proinde utroque modo mutuum non erit: quod in sequenti specie recte defenditur argumento *L. qui negotia, infr. man.* Quod si & præsens debitor iubeatur, & pecuniam dare possit, sed iubeatur te absente, nihilomagis mutuum contrahetur: quia etsi videri potest pecunia mihi ab illo data, non tamen potest

vide-

videri a me ad te profecta, cum ego tibi tum absenti per rerum naturam dare non potuerim. Quæ omnia cum diligentius exposuerimus in sequenti specie, in qua & eadem maxime locum habent, illinc assumi poterit, quod huc transferatur; equidem ita scripsi, ut cum res eadem sit, velim huc quoque omnia referri. † Non
21 est satis conventionem mutui præcessisse, & intervenisse eum statum rerum, ut pecunia mihi a debitore meo dari potuerit, & a me tibi; etiam pecuniam tibi a debitore dari oportet; quod tertio loco exigebamus; neque ante mutuum perficitur. Similiter, ut cum dedi tibi lancem vendendam, & jussi te ab emptore pretium accipere, quo tanquam mutuo utereris, non ante constituitur mutuum, quam & vendideris rem, & ab emptore re ipsa pretium acceperis. *L. rogasti, infr. de præs. ver.* Id vero ut hic statui debeat, mutui natura efficitur, quod ut conventionem, sic etiam dationem, & hanc quidem præcipue ut sibi propriam exigit. *d. L. 2. §. appellata, §. creditum, supr. eod.* Prius quam autem in hac specie debitor a me jussus tibi pecuniam dederit, non est, cur dici possit, pecuniam tibi ab ullo non dico datam esse, quod factum non esse constat; sed etiam datam videri. Non enim potest videri a debitore data, cum ab eo id postularetur, ut tibi dando solveret, quod mihi debebat; quæ solutio naturalem numerationem desiderat. *L. solutam, infr. de sol.* Multo minus potest videri a te ipso tibi data; cum non id ageretur, ut tu tibi dares, qui mihi nihil debebas; sed ut alius daret, quod inde inciperes debere. A me vero quomodo posset ea pecunia tibi data videri, si eam nec unquam habui, nec videor prius habuisse? Atqui ubi ea tibi prius data non videtur, ne mihi quidem potest a debitore mihi data videri; cum si fingatur mihi data esse, non ob aliud fingatur, quam quod pecunia apud te fuit, & tu tanquam a me acceptam apud te esse voluisti. *L. 3. §. ult. infr. de donat. int. vir. & ux.* Quid est ergo, quod hic scribitur, *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligari te mihi, quamvis meos nummos non acceperis?* Perspicuum est hoc dici, obligari te mihi, non quamvis nummos omnino non acceperis, sed quamvis non acceperis meos. Et hoc ita est: nummos accipere te oportet, ut dixi; sed satis est, si a debitore accipias, quamvis verum sit eos illius esse, non meos; ab illo profectos, non a me. Quid tamen si debitor meus eam pecuniam tibi promiserit? non

Idcirco crediti nomine mihi obligaberis. Postulat enim mutuum naturalem dationem: aliud est autem dare, longe aliud promittere: cum qui promittit, hoc ipso probetur non dare, quod promittat se daturum. Alioqui etsi ego tibi promisissem me pecuniam mutuam tibi daturum, multo citius ex caussa mutui mihi obligareris: quod non ita est, ut docui ad *L. 2. in princ. supr. eod.*

Sequitur caput tertium, quod pertinet ad posteriorem speciem, de qua proprie hic agitur, ut videamus cujusmodi sit, quod Ulpianus constituit pecuniam sic quoque creditam fieri, si cum ex caussa mandati pecuniam mihi deberes, convenerit, ut eam crediti nomine retineres; idque adeo superioris speciei argumento recipi debere ait, quia & hic *videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.* † 22
Certe & sententia ipsa superior, & argumentum quo in ejus confirmatione Ulpianus utitur, utrumque ejusmodi est, ut responso Africani in *L. qui negotia, infr. mand.* non obiter & strictim, sed ex professo, & accurata disputatione videatur repudiari. Primum enim proposita ex facto quæstione, an pecunia credita fiat, cum is qui pecuniam ex eadem caussa, nempe mandati debebat, cum domino per epistolam convenit, ut eam pecuniam sibi creditam deberet cum usuris semissibus: negat fieri creditam. Deinde ne quis temere dici putaret, rationem affert ex certis præceptis mutui sumptam, quod nuda pactione pecunia credita fieri non possit. Mutuum enim re contrahitur; quod significat non contrahi solo consensu. Non est satis. Ne quis enim contra moveretur exemplo ejus, qui jussit debitorem suum pecuniam alii mutuum accepturo dare, in qua specie pecuniam accipienti mutuam fieri receptum erat: nominatim hoc ipse sibi objicit, & argumentum refutat, quod dicat benigne receptum esse; sentiens ob eam caussam id jus tanquam singulare non esse producendum ad consequentias, ex regulis communibus juris. *L. quod vero, supr. de legib. L. quod contra, infr. de reg. jur.* Hinc non parva difficultas objicitur quærentibus, quid in hac caussa tenere debeamus. Nam si sententiæ contrariæ non sunt, constituendum erit, qua in re discrepent; in qua non discrepent; & quatenus verum sit pecuniam ex alia caussa prius debitam conventione mutuam fieri posse; quod non est expeditum; & in eo huc usque laboratum est prope ab omnibus. Sin contrarias esse dicimus, ut quidam volunt, nullo modo rem expediemus:

mus: quoniam utram potius sequamur, non habebimus, ac plus una vera esse non potest. Nam cur malimus Ulpiani sententiam sequi, quam Africani, nihil est. Quid enim dicemus, Ulpianum sententiam suam non leviter proponere, sed ex professo & diligenter confirmare? At hoc idem facit Africanus, & quidem non paulo accuratius. Nam inter utriusque confirmationem hoc interest, quod Ulpianus contentus argumentum unum suæ sententiæ proferre, ad huius argumenti refutationem, quæ apud Africanum est, nihil dixit. Africanus contra non solum sententiam confirmavit argumentis, sed etiam argumentum contrarium non improbabili ratione removit. An potius Ulpianum sequemur, quia is posterior fuit, posteriores autem leges derogant prioribus? *L. sed & posteriores, supr. de legib.* Sed iurisconsulti interpretes iuris fuerunt, non legislatores, ut si inter se dissentiant, non potuerit posteriorum sententia priorum auctoritati derogare. Et quod præcipue hic spectandum est, horum scripta, quæ in Pandectas relata sunt, sic accipere debemus, quasi a Iustiniano scripta essent, quibus ipse tanquam a se profectis auctoritatem dedit. *L. 1. §. sed neque, L. 2. §. legislatores, C. de vet. iur. enu.* Iustinianus autem utrumque scriptum pariter, & uno in loco comprobavit, ut si in his tempus constituendi quæritur, neutrum sit altero prius aut posterius; si auctoritas, neutrum alteri derogare possit. Imo prævalet sententia Ulpiani, inquies, quia & ex contrario potest confirmari. *L. si ex pretio, C. eod.* Atqui posterior est Iustinianus ea constitutione. Is enim dixit se omnia confirmare, atque adeo sua facere, quæ sunt in Pandectis, quæ quidem aperte nec diffidenter affirmentur; sine dubio responsum Africani, quod in Pandectis accuratum exstat, non ex contrario, sed recta & aperte confirmavit. Quod si omissa auctoritate constituentium expenduntur utriusque sententiæ rationes, verendum esse quis dixerit, ne potius Africani sententia vincere debeat. Ulpianus enim ideo in posteriore specie superius illud statuit, quia eam speciem priori similem facit: quæ tamen usque adeo dissimilis videri potest, ut nihil magis: quandoquidem in priore pecunia datur debitori, quod mutuo convenit; in posteriore omnino non datur: porro sine datione mutuum non consistit. Contra ratio Africani illa, nuda pactione pecuniam creditam non fieri, cum ex regulis & natura mutui sumpta sit, seipsam qualis sit, ostendit. Ego autem non tantum quia necesse est constituere hæc responsa non esse contraria, si quid certi in hac caussa habere volumus, & maxime si volumus Iustiniani constitutioni satisfacere, qui vetat hæc pro contrariis accipi: *L. 2. §. contrarium, C. de vet. iur. enu.* sed etiam quia verba utriusque loci id ipsum ut constituamus, efficiunt: nego de sententia interpretum communi has sententias esse contrarias, quia dissimili in re & specie versentur. Sed qua in re dissimilitudo sit, parum liquet: de eo nobis videndum est. † Et 23 hactenus species consentiunt: Utrobique debitor qui mutuam pecuniam habere vellet, is fuit, qui eam pecuniam ex caussa mandati prius deberet. Utrobique etiam convenit, ut idem eam pecuniam crediti nomine deberet. Nam quod in *L. qui negotia,* proponitur debitor misisse epistolam ad creditorem, & egisse cum eo, ut eam pecuniam sibi ab illo creditam haberet: non facit creditoris absentia, quominus si ille non repugnet, sit conventio: certum est enim & per epistolam convenire inter absentes posse. *L. 2. supr. de pact.* Atque adeo intervenisse in ea specie de pecunia mutua conventionem, liquido illa ostendunt. Primum ratio Africani, cum ait, *si illic pecunia credita fiat,* eventurum, ut *nuda pactione credita fieri possit:* quod falsum est, si ibi nulla sit pactio: tum illa verba, quæ sunt in extremo, *tamen usuras de quibus convenerit, præstare debeat.* Ita in summa convenit utrobique, ut quam pecuniam debitur ex caussa mandati debuit, eam crediti nomine haberet. Sed hoc species utriusque loci discrepant. In *L. qui negotia,* aut absens debitor fuit, qui mutuum petebat, aut si præsentem fuisse dederimus: fatebatur se non habere pecuniam, quam vellet, aut paratus esset dissolvere. † Præsentem 24 eum non fuisse declarat, quod proponitur, ad eum cuius negotia procurabat, epistolam misisse, & epistolam qua significaret certam summam apud se esse ex administratione. Etsi epistola in usu iuris frequentissime pro cautione & chirographo accipitur, vel verius pro cautione habetur, ubi epistola cautionem continet, ut in *L. emptor, §. 1. supr. de pac. L. Titius, infr. de pec. const.* & similibus locis innumeris: tamen ea res non facit, quominus epistola semper sit epistola, si proprie loqui volumus, idest, literæ missæ ad absentem, id quod verbum significat: dictum est enim a mittendo: præsenti damus, mittimus ad absentes. Nec eo minus epistola, si quid ea cavetur, erit cautio,

tio, etsi ad absentem dirigitur. Sed etsi interdum epistola diceretur de cautione inter præsentes exposita; tamen quominus in supra scriptis verbis epistolæ nomine intelligamus cautionem inter præsentes emissam, prohibent illa verba: *qua significaret*. Cavere possumus tam absenti, quam præsenti; significare autem quid, & notum facere literis nisi ignoranti non possumus: proinde non nisi absenti. Nam inter præsentes res ita geritur, ut primo debitor verbis exponat pecuniam apud se esse: deinde huius rei caussa chirographum adiiciat, non quo notum faciat creditori, quod ille iam didicerat, sed ut literis testificetur idem, quo de ea re ad probationem in posterum quoque illi cautum sit. Nec aliter epistolam interpretor in iis locis, quibus dicitur debitor creditori epistola notum facere, ut *L. Lucius* 24. *L. Quintus*, *infr. dep. L. ult.* §. 1. *infr. man.* Quanquam etsi tantum epistola nominata esset, tamen hoc idem significari intelligeremus: cum Cicero *lib.* 1. *epist. ad Quin. fratrem, epist.* 1. auctor sit, proprium hoc esse epistolæ, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat: *Illud*, inquit, *quod est epistolæ proprium, ut is ad quem scribitur, de his rebus quas ignorat, certior fiat, prætermittendum non puto.* Nec refragatur *L. Titius*, *infr. de pig. act.* quod enim illic proponitur debitor petiisse a creditore, ut fundum sibi oppignoratum certo pretio emptum haberet, & ille dixisse se velle tanti emere, ac nihilominus dicitur debitor ad hunc ipsum creditorem emisisse epistolam, qua se illi vendidisse eum fundum significaret: nihil hic significari videtur, quod prius nosset creditor. Id enim totum sic accipi debet, quasi debitor explorare prius voluerit voluntatem creditoris sui de fundo emendo: quam cum cognovisset eam esse, ut vellet tanti emere, tandem id confirmans rescripsit & ipse de sua, sibi nimirum pretium placere, & se tanti vendidisse, quæ voluntas prius ignota erat. Quod si aliter speciem facti Marcellus illic intellexit, quasi de venditione iam ante creditori nota literæ emissæ essent, fatendum est abusive dictum esse, debitorem epistolam emisisse, qua se vendidisse significaret: non ex verbi propria significatione: a qua in re dubia recedere non debemus. *L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. *L.* 1. §. *licet*, *illic*, *in re*, *infr. de exer. act.* Quod si quis contendet epistolam in *L. qui negotia*, accipi pro cautione, qua procurator de pecunia quæ apud se esset, præsenti domino confiteretur, & caveret: tamen hoc tenebimus procuratorem cavisse de certa pecunia, quam apud se esse confiteretur. Sic enim responsi verba sunt: *epistolam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione* † *apud se esse*: quibus verbis procurator hoc significavit pecuniam se ad manum non habere, sed eam esse domi suæ, ut est usus loquendi Latinorum: ut cum dicimus, ille apud me est, cœnavit apud amicum. Cic. *lib.* 1. de Orat. *quem non longe ruri apud se esse, audio*, idest, domi suæ, & in prædiis suis. Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 9. *apud me in mei generi Crassipedis hortis cœnavit*. Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 94. *ego cum triduum cum Pompeio, & apud Pompeium fuissem*, idest, domi eius: Terent. *in Heaut. ubinam est, quæso? Cœnavit apud me domi.* Ubi non dicit Chremes Cliniam secum esse, nam eum esse domi fatebatur, ipse autem domo abierat: sed hoc ita accipiendum est, quasi dixisset, est domi meæ: idemque expressisset, etsi tantum dixisset, est apud me. Ergo aut de absente debitore Africanus loquitur, aut ita de præsente, ut esset is, qui certam pecuniam, de qua agebatur, fateretur esse domi suæ, non autem se eam habere, quam vellet tum, aut posset dissolvere. In hac specie negat Africanus eam pecuniam nuda pactione fieri creditam: ut liceat constituere hanc summam esse eius sententiæ; Si horum alterutrum eveniet, ut aut res agatur inter absentes, aut præsens debitor neget se habere pecuniam, quam det in præsentia: quamvis convenerit inter eum & creditorem, ut quam pecuniam ipse ex alia caussa debebat, eam creditam sibi haberet; tamen nihilomagis ea conventione pecuniam creditam fieri. Hac sententia nihil puto esse verius, neque ad eam confirmandam quidquam certius afferri potuit ea ratione, qua Africanus in hac re utitur, *alioqui dicendum*, inquit, *ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*, quod absurdum esse significat. Et recte: mutuum enim re contrahitur; proinde non nudo consensu. Nudum autem esse oportet, ubi nihil fit, quod a quoquam debitori detur. Nec potest in eo debitore, quem dixi, locum habere Ulpiani ratio, ut quis dicat ea ratione a superiore sententia recedi debuisse. Ille ideo pecuniam conventione mutuam fieri ait, quia videatur pecunia a debitore creditori data, & rursum a creditore ad debitorem profecta. Hæc ratio in eo, qui per rerum naturam pecuniam dare potuit, & voluit, admitti potest, ad eum qui non potuit, non

non pertinet, ut paulo post ostendemus.

26 † Quid Ulpianus hoc loco, cum ait pecuniam ex caussa mandati mihi debitam conventione creditam fieri, videtur de omni debitore sensisse, tam absente, quam præsente, & tam eo qui pecuniam non habeat ad solvendum paratam, quam de eo qui paratus sit solvere? Si hoc sensit, nihil caussæ est, cur non videatur dissentire ab Africano id affirmans, quod ille negaverat. Sin contra loquitur de præsente, & eo qui paratum se esse ostendat pecuniam solvere, si creditor pecuniam mutuam esse nollet: planum fit, quod dixi, versari hos locos dissimilibus in caussis, quæ cum dissimiles rationes habeant, fit etiam, ut ius aliud, atque aliud polluleat. Atqui verissimum puto, quod communi sententia interpretum receptum est, Ulpianum sentire hoc loco de eo debitore, quem modo dixi: idque verba quibus utitur in re proponenda, & ratio eius, evidenter arguunt. Non enim dicit convenisse, ut cum pecuniam ex caussa mandati mihi deberes, eam crediti nomine mihi debeas, quo verbo omnem debitorem complecteretur; sed ut crediti nomine retineas: nec dicit recipiendum, ut hæc pecunia mutua fiat; sed ut videatur mihi data, & a me ad te profecta: similiter atque in ea specie, quam prius posuerat: quorum utrumque non ad alium debitorem, quam eum de quo dixi, refertur. Itaque ne quis mihi dicat verisimile esse Ulpianum, qui post Africanum scripserit, & ratione usus sit, quam ille prius repudiaverat, dissensisse ab Africano. Concedam fieri posse, ut in totum dissenserit: de quo si integra Ulpiani scripta exstarent, fortassis melius iudicaremus. Sed de verbis huius fragmenti, uti nobis tradita sunt a Iustiniano, quæritur. Extra hæc quid ille senserit, alii divinabunt, si qui volent. Ego de illius sententia tantum intelligo, quantum his, verbis significatur: sed tum maxime, cum Ulpianum auctorem fuisse video, quem constat inter veteres maxime attentum, & proprietatis amantem scriptorem fuisse. Atque ut proprietatem verborum, & rationis momentum aliquando negligere liceret: tamen diligenter cavendum esset, ne quid unquam tale admitteremus in huius aut alius cuiusvis Iurisconsulti scriptis, si quod amplius quam per verborum proprietatem licet, sumptum esset, aliis locis & rectæ rationi adversaretur: quod cum hic futurum sit, si a verborum proprietate, & ratione Ulpiani recedemus: minime omnium id in hoc loco, atque hoc scriptore admittere debemus. Sed & verba, & rationem expendamus. † Et retinendi verbo utitur: *Cum*, 27 inquit, *ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas*. Hoc verbum ad præsentem, & eum qui iam pecuniam dare paratus sit in præsentia, proprie tantum pertinet. Is enim retinere dicitur, qui quam pecuniam paratus erat a se dimittere, voluntate creditoris retinet: quod tunc accidit, cum debitori parato pecuniam solvere, & tamen petenti, ut sibi per creditorem eam adhuc retinere liceret ex crediti caussa, creditor ex hac caussa retinendi potestatem facit. Quod ad rationem attinet, hæc eiusmodi est, ut ad absentem, & eum qui pecuniam non habeat, quam det, nullo modo queat referri. Ait enim, *cum convenit, ut pecuniam ex alia caussa mihi debitam crediti nomine retineas, recipiendum, ut videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta*: quasi diceret, recipiendum, ut pecunia tibi fiat mutua, quia videatur mihi prius a te data esse, tum deinde a me ad te profecta; quod ut fiat, mutuum exigit. † Hoc vero ita factum, nisi etiam 28 per rerum naturam fieri potuerit, fingi non potest. Et generaliter quidquid factum esse fingitur ideo, quia verisimile sit factum esse, ita recipitur iure, si & fieri potuerit, non aliter. Ut puta, filium eum mariti & uxoris definiemus, qui ex uxore natus est: sed hoc tamdiu, quamdiu per rerum naturam nihil obstabit, quominus ex vivo nascatur. Quod si maritus diutius abfuerit ab uxore, quam ut filius ex illo natus esse posset, aut præsens cum uxore consuescere non potuerit propter infirmitatem: nequaquam in re certa pro filio habebitur, quem constet natura filium esse non posse. *L. filium, supr. de his qui sunt sui, vel al. iur.* Item, qui ad certum tempus conducit, placet hunc finito quoque tempore colonum manere: quia videatur dominus, cum colonum in fundo esse patitur, ex integro locare: idque ita esse existimatur, etsi dominus si esset admonitus, non admitteret locationem. Sed hoc ita, si is sit dominus, qui & consensu locare potuerit. Quod si furiosus erit, non placet videri eum ex integro locasse, quem constet etiam si vellet, locare non potuisse. *L. qui ad certum, infr. loc.* Idem & in hac specie omnino probandum est: cum convenit, ut debitor meus pecuniam, quam mihi debet, sibi creditam habeat: recte dicitur videri pecuniam ab illo mihi datam, & a me ad eum profectam. Sed hactenus: nisi constet

stet eum per rerum naturam mihi tum, cum conveniebat, non potuisse dare. Quod cum ita fiat, si aut debitor absuit, aut pecuniam ad eam rem non habuit: consequens est huic sive fictioni sive rationi, nisi in præsente, & eo qui pecuniam dare potuerit, locum esse non posse. Quare etsi nihil aliud esset in verbis, quod de mente Ulpiani colligeremus; tamen cum hanc rationem reddidisset sententiæ suæ, vel hinc intelligi liceret non debere longius produci eius sententiam, quam quo ratio perveniret. *arg. L. quod dictum, supr. de pact.* Nunc cum verba cum ratione consentiant ad eam sententiam efficiendam quam posuimus, non video cur de ea in posterum magnopere ambigere debeamus: nisi malumus divinationibus quibusdam nostris contra verba & rectam rationem indulgentes, his ipsis ad res implicandas, & veras ac constitutas sententias evertendas abuti: cum potius obscura explicari, & vera ac bene constituta, quoad licet, interpretatione nostra retineri oporteret. Superiore autem sententia admissa, apparet, quod volumus, si de alio debitore Africanus agit, de alio Ulpianus, & de his diversum propriis rationibus statuunt: horum de his sententias, quamvis in eadem specie pecuniæ conventione mutuæ efficiendæ, contrarias videri non debere. Solum videndum est, an quemadmodum Africanus in specie sibi proposita, idest, in absente debitore, aut eo qui præsens pecuniam non habet, quam det, recte statuit eam pecuniam illi conventione creditam non fieri, id quod etiam nunc valere debere existimamus: † ita

29 Ulpianus in altero genere de quo agit, idest, in debitore præsente, & eo qui eam pecuniam de qua convenit, potuerit dare in præsentia, recte defendat huic saltem eam pecuniam conventione creditam fieri posse, cum conveuit, ut eam crediti nomine retineret. Et si verum est, quod Ulpianus ait, videri tum debere pecuniam creditori datam, & ab eo rursum ad debitorem profectam: recte colligit pecuniam illi fieri mutuam. Hoc enim eveniret, si vere creditori data esset, & ab illo ad debitorem pervenisset. Cur autem ita videri debeat, efficitur ea ratione, quam de hac re in superiore specie exposuimus: quia scilicet cum totus hic circuitus, ut pecunia detur creditori, deinde ab illo proficiscatur ad debitorem, solum huc spectet in summa, ut debitor eam pecuniam habeat, qua pro mutua utatur: supervacuum sit eum circuitum exigere, ubi debitor pecuniam iam habeat apud se, & non sit periculum, ne si eam dationem intervenisse fingemus, videatur aliquid contra naturam fieri, ubi constet si contrahentes eam pecuniam invicem dare vellent, id eos in præsentia per rerum naturam facere potuisse. Hac ratione constituta, non modo nihil adversatur Africani ratio, quominus in hac specie mutuum recipiatur; sed etiam eadem illa in contrarium versa, necesse sit id facere. Ille ait, *nuda pactione mutuam pecuniam fieri non posse*. Recte *nuda*; quia mutuum constat rei datione, quod & Ulpianus fatetur. At si non est nuda, dicendum est cessante ratione mutuum debere admitti. *L. quod dictum, supr. de pact.* Atqui non est nuda, quæ dationem habet, qualis hic proponitur, ubi ita convenit, ut pecunia, quam mihi debes, tibi esset credita, ut simul videatur pecunia mihi a te data, & a me ad te profecta. Sed quoniam hoc ita videri debere defendit superioris speciei argumento, cum iussi debitorem meum tibi pecuniam dare: hæc caussa est, cur revocetur superior sententia in dubium. Hic enim constituitur ab Africano in *d. L. qui negotia:* negaturque diserte simile esse, quod placuit pecuniam creditam fieri, cum iussi te pecuniam a debitore meo accipere: ut necesse sit aut falsum esse, quod inde in specie dissimili colligitur, aut sublato argumento saltem relinqui eandem dubitationem, nec sententiam Ulpiani magis nunc quam ante, cum nullum eius argumentum esset, recipi debere. De quo ut recte respondeamus, videndum est, cur neget Africanus simile esse, cum iussi te accipere a meo debitore. Et ait, *quia hoc benigne receptum est*. † Non significat his verbis singulari 30 iure hoc receptum esse, & quia singulari iure, ideo non esse producendum ad consequentias iuxta regulam iuris. *L. quod vero, supr. de legib. L. quod contra, infr. de reg. iur.* Nam hoc modo fateretur simile hoc esse ei, de quo nunc agitur; sed ideo diceret ad similem speciem non esse producendum, quia esset singulare. Nunc autem aperte dicit hoc simile non esse, illic, *nec huic simile esse*. Quid est igitur, quod ait ideo hoc non esse simile, quia *benigne receptum est?* Hoc sentit, ideo non esse simile, non quia benigne receptum sit simpliciter; sed quia ita receptum sit benigne, ut certa sit benignitatis caussa, cur reciperetur: hanc autem benignitatis caussam nullam esse in specie illi proposita, ut in ea pariter mutuum admittatur. Hoc vero recte dicit: quoniam negans pecuniam debitori meo credi-

creditam fieri, cum convenit, ut quam ex mutui caussa mihi debebat, eam sibi mutuam haberet, in eo de debitore absente loquitur, aut eo qui pecuniam non habeat quam det: in quo nulla plane caussa est, quæ suadeat pecuniam a me videri illi datam, ut fiat credita, cum non possit videri illi a me data ea, quam nemo mihi prius dedit, aut etiam dare potuit. At cum iussi debitorem meum tibi dare pecuniam, est interdum, cur illic fiat mutua: quia potest debitor ita tibi dare, ut mihi quoque dare possit, si velit, & ego tibi per rerum naturam. Quod cum sit, humanum est reiecto non necessario circuitu perinde haberi, quasi id etiam factum esset. Itaque, ut dixi, vere Africanus. Num ergo non recte Ulpianus istas species comparat? Imo rectissime, ut qui in specie posteriore de debitore præsente loquatur, qui & mihi dare possit, & a me itidem accipere eam pecuniam, quam mutuam esse placuit. Africanus autem de absente, aut eo qui præsens eam mihi dare non potuerit: ut consequens sit nec videri eum posse eam a me accipere. Quod si diceret Africanus, cum iussi te a debitore meo accipere, simile quidem hoc esse speciei propositæ; sed non ideo debere ad eam speciem produci, quia benigne receptum sit: falsum diceret. Ut enim non possit ius singulare, quod benigne receptum est, produci ad casus similes, idest, qui similem seu parem rationem habent; tamen si qui casus iidem sint, idest, hi qui numero quidem diversi sint, ratione autem eadem coniungantur, ut ratione iidem sint: nihil caussæ est, cur ad eas non recte transferatur. Generaliter enim tenendum est, in quibus caussis eadem ratio sit, in his idem ius statui debere. *L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Nec obstat, quod regula iuris generaliter ita scripta est. *Quod contra rationem iuris receptum est, non esse producendum ad consequentias.* Cum enim ius singulare ad casus eosdem producetur, non tam dicendum est ad eos produci per consequentias, quam eos ipsos casus vi sua & recta continere. Quod si statuerimus Africanum hoc dicere, quod certa ratione humanitatis benigne receptum est, ad alias species quamvis in his eadem ratio sit, produci non debere, idque verum esse defendemus: nihil caussæ dici potest, quin Ulpianus hoc loco contra colligens vitiose colligat, & sententia eius, quæ hoc argumento nitebatur, una quoque evertatur. Nec ad ista concilianda eo confugiemus, ut dicamus: quod benigne receptum est, ad casus similes produci non debere; verum ad eos in quibus maior & probabilior ratio sit, recte produci. Nam primum generaliter loquitur Africanus, si modo hoc sentit, quod benigne receptum est, ad alios casus transferri non debere, in quo nihil excipit. Deinde etsi recte exciperemus eos casus, in quibus maior ratio idem ius suaderet: tamen nihil hoc ad defensionem Ulpiani pertinet: propterea quod de eiusmodi casu ille non agit: quod ex eius verbis statim licet animadvertere. Non enim dicit, *quod igitur in duabus personis recipitur*, hoc in una multo magis recipiendum est: sed simpliciter, *hoc & in eadem persona recipiendum est:* ut intelligamus argumentum esse ex comparatione non maiorum, sed parium. Quod si res ipsa expenditur, ita reperiemus omnino, in posteriore specie eandem esse rationem re vera, cur in ea mutuum admittatur, non maiorem. Convenit mihi tecum, ut pecuniam quam mihi ex alia caussa debebas, crediti nomine retineas. Ut fit mutua, hac ratione efficitur, quia *videtur mihi abs te data pecunia, & a me ad te profecta.* Si hic de facto tuo quæritur, quo videris mihi dare: non facilius tu mihi pecuniam dare potes, quam alius debitor meus, quem præsentem iussi paratam pecuniam alii dare: nam & ille pariter mihi dare poterat, ut tu. Si quæritur de meo facto, quo ego tibi dare videor, quid dici potest, cur ego pecuniam mihi vel a te vel ab alio datam facilius tibi dare possim, quam alii debitori futuro, si & hic præsens fuerit, cum mutuum dare volui? Dices te tibi facilius dare posse, quam alii. Sed animadverti debet in specie proposita, ubi convenit, ut pecuniam crediti nomine retineres, non quæri, an tu tibi pecuniam dederis, quod sane multo facilius præstare te potuisse fatendum est; sed an ego tibi. In hac vero quæstione perspicuum est, non facilius me tibi dare posse, quam potui alii, cui ego itidem dare vellem, & qui æque præsens esset, atque tu. In summa hoc volumus, Africanum qua parte de comparatione harum specierum agit, non fateri species esse similes, negare autem quod in una constitutum sit de pecunia credita, id transferendum esse ad alteram, quasi quod benigne receptum est, ut illud receptum est, non sit producendum ad alios casus (alioqui aut falsum id esset, refelleretur que hoc loco ab Ulpiano, aut si hoc loco contempto verum esse vellemus, aperte Ulpiani sententiam everteret) sed hoc dicere, quod verba exprimunt, dissimi-

similes esse has species: quia in priore mutuum certa benignitatis ratione receptum sit, quæ ratio cessat in posteriore, de qua ambigitur. Id autem eum vere dicere, ut species ab illo proponuntur: quoniam in ea de qua quæritur, & in qua pecuniam debitori conventione mutuam fieri negat, loquatur de debitore absente, aut eo qui pecuniam non habeat, quam det: in quo nulla sit benignitatis ratio, quæ mutuum admitti suadeat; in altera cum præsens præsentem debitorem iubeat pecuniam quam dare possit, præsenti dare, non sine certa benignitatis ratione receptum sit, ut sit mutuum. Id ita vere dictum esse ab Africano, ut nihilominus & hoc Ulpianus vere, cum hoc loco eas species similes facit: quoniam non sic ab illo proponuntur, ut in his agat de diversis debitoribus, sed in utraque de iisdem, iisque & præsentibus, & qui pecuniam dare potuerint creditori, & simul ab illo accipere: in quibus cum sit eadem ratio, recte colligit quod in una specie benigne receptum sit, id eadem ratione in altera specie esse recipiendum. Constituta est igitur non improbabiliter sententia utriusque loci, quam quidem esse eorum locorum supra diximus, & effectum cum dissimili in caussa

31 versentur, non esse contrarios. † Ex quibus summa hæc efficitur, quam de proposita specie & quæstione teneamus: Cum convenit inter me & debitorem, ut quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eam mutui nomine retineat, & quæritur, an fiat mutua: multum interesse, utrum præsens debitor sit, cum quo id mihi convenit, & præterea pecuniam habeat, quam, si vellet, mihi tum dare possit; an vero quid horum desit, sive quod absit, & mecum de ea re egerit per epistolam, sive quod præsens non habeat, quod mihi det in præsentia. Si illa concurrent, pecuniam conventione mutuam fieri: quia cum pecuniam mihi dare potuerit debitor per rerum naturam, & ego acceptam in illum transferre: humanum sit id quoque ita factum existimari, cum necesse non fuerit circuitum inutilem requirere: hancque esse sententiam Ulpiani in hac *L.* Sin quid eorum desit, pecuniam nuda pactione non fieri mutuam: quia non debeat pecunia videri mihi data, quæ per rerum naturam mihi tum dari non potuerit, utpote ab absente, aut eo, qui eam non haberet: id constitui ab Africano in *L. qui negotia, mand.* Ad quam interpretationem utriusque loci, & supra scriptam distinctionem si consensus interpretum plurimorum accedit (hæc enim communis sententia esse, aut huic esse proxima existimatur) est, cur sententia alioqui per se vera, eo nobis sit gratior, quia pluribus placeat. Cur autem adversus superiorem distinctionem moveri debeamus in alterutram partem aut *L. si pro mutua, aut L. si ex pretio, C. eod.* nihil est, quibus tamen in locis vulgo hærent, nec nisi eorum sententiam falsis interpretationibus pervertendo, rem expediunt. † In *L. si pro mu-* 32
tua, roganti tibi mutuam pecuniam pro pecunia dedi lancem argenteam, aut aliam speciem æstimatam ea lege, ut eam æstimationem deberes: placet te eam debiturum, quamvis tamen appareat te nullam pecuniam habuisse, quam mihi dares, aut dare velles, cum ipse a me peteres, ut tibi darem, quam non habebas. Quo rescripto effici videtur, pecuniam quæ tibi tradita non sit, conventione nostra indistincte tibi mutuam fieri, sive habueris, sive non habueris, quod mihi dares; atque adeo etsi mihi nullam pecuniam ante debueris, quæ in mutui caussam converteretur. Et efficeretur omnino ita, ut diximus, si in superiore rescripto diceretur te mihi eam æstimationem de qua convenit, tanquam mutuam debiturum. Quod neque dicitur, neque ita deberi admittendum est: nusquam enim hic pecunia est, quæ in te proficiscatur: nam neque ego tibi eam do, neque alius pro pretio eius rei, ut fit in *L. rogasti, supr. eod.* neque potes videri mihi dedisse, cum non id ageretur, ut mihi dares. Quid ergo est? Id fiet, quod iam supra attigimus, cum de numero singularium in mutuo receptorum ageremus. Tu videlicet eam æstimationem mihi debebis ex conventione, ut illic scriptum est, sed ut pretium emptionis, non ut mutuum. Quod enim illic diximus, quoties res æstimata datur, emptio contrahitur, & qui rem accipit, is tanquam emptor æstimationis velut pretii debitor efficitur. *d. L. plerumque, §. si ante, infr. de iur. dot. L. quoties, L. cum dotem, C. eod.* Ut autem ad mutuum pecuniæ sola conventione in universum statuendum nihil valet *d. L. si pro mutua.* † sic nec 33
in contrariam sententiam moveri debemus *L. si ex pretio, C. eod.* quasi ea efficiatur, pecuniam mihi a te ex alia caussa debitam in totum conventione mutuam tibi fieri non posse, quamvis & cum præsente convenerit, & tu pecuniam mihi dare potueris. Illic in extremo ita scribitur: *Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est* (ea autem ex emptionis caussa pretii nomine debebatur) & *eius præstari*

fœnus convenit: simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione: obligatio autem empti, qua pretium debebatur, intelligitur. Itaque est hic sensus, eo scripto pecuniam ex caussa empti debitam non potuisse fieri mutuam. Hoc qui superiori distinctioni, & maxime huic loco adversari putat, quid superioribus verbis contineatur, non intelligit. Scriptum quidem dicitur mutuam pecuniam tibi datam esse: sed scriptum simulate, dum scilicet id agitur, ut emptio quæ contracta erat, sit emptio, & perseveret re vera; verumtamen tanquam ea contracta non esset, simuletur verbis mutuum. Quod significant illa verba, *simulatis pro infectis habitis*. Non ergo mirum, si hic pecunia, quam ex empti caussa debebas, non efficiatur mutua: quippe non id agebatur, ut esset mutua. Nos mutuam fieri dicimus, sed conventione, non aliter: tantumque abest, ut id negetur superiore rescripto, ut maxime confirmetur. Cum enim dicitur pecuniam ideo pro mutua, haberi non posse, sed veterem obligationem empti manere, quia simulata pro infectis habenda sint: satis declaratur, si serio inter nos actum esset, ut pecunia quam mihi prius debebas, tibi esset mutua, potuisse conventione fieri mutuam: quod ita fieret, si inter præsentes, & eos inter quos pecunia dari potuit, id convenisset. Ita manebit superior sententia & distinctio, ne bis quidem locis, qui plerosque valde impediunt,
34 in alterutram partem imminuta. † Sed quoniam dum in specie proposita pecuniam debitori meo conventione sola mutuam fieri volumus, eum debitorem esse volumus, qui præsens pecuniam dare potuerit, dum inter nos conveniebat: an exigimus, ut pecunia sit præsens, & in creditoris conspectu? Minime. In conspectu poni oporteret, si vellemus creditorem re vera dominum pecuniæ fieri: sic enim re vera efficeretur dominus, si cum res esset in conspectu eius posita, hoc animo esset, ut vellet eam sibi acquiri. *L. pecuniam, infr. de sol. L. 1. §. si iusserim, infr. de acquir. rer. dom.* Nunc autem satis esse dicimus, si pecunia videatur ei data, quamvis re vera eius non fuerit. Id autem ita fiet, si debitor pecuniam habuerit, quam creditori dare posset, ut sic videatur rursum a creditore ad illum rediisse. Quid ergo? an saltem probari oportebit fuisse paratam debitori, quam daret? Ne id quidem: alioqui etiam in conspectu creditoris eam esse oporteret, ut dici certo posset debitorem eam pecuniam apud se habuisse. Satis est igitur, si per rerum naturam dare potuit, & non probatur pecuniam apud eum non fuisse, quam daret: nam hoc probato quæstio tollitur. Quod tunc plane fit, non solum cum debitor præsens non fuit, sed etiam cum pecunia certa fuit, quam ille præsens fateretur esse domi suæ, non ad manum ita, ut paratus esset eam dare: quam speciem esse diximus. *L. qui negotia, mand.* Quæ probatio in cæteris rebus, in quibus mutuum consistit, ut oleo, vino, frumento, facilior est, quam in pecunia. Nam hæ res cum certis locis tantum habeantur propter earum magnitudinem, & naturam, non ut pecunia, quæ ubique haberi potest, etiam ubi aliis ignoretur: facile scire potest, ubi sint, & utrum debitor eiusmodi res habuerit, quas tum dare posset, cum de his mutuo dandis ageretur, an non habuerit. Quare si quis cum tot dolia vini vendidisset, petierit ab emptore, ut id vinum mutuum ab illo haberet: non difficile erit dicere venditorem nullam cellam tum habuisse, aut in cella eius nihil vini fuisse, quod tradere posset, si vellet: quod si sit, mutuum non erit.

† Mutuo in specie proposita constituto, 35
illud notandum est, eodem tempore evenire, ut & debitor qui pecuniam crediti nomine retinet, ex priore caussa liberetur, & idem obligetur ex nova caussa mutui. Nam si videtur ex hac conventione pecunia mihi ab illo data esse, ut dicimus: fit ut videatur is mihi solvisse, ideoque solvendo liberetur: uti eveniret in specie superiore, si iussissem debitorem meum tibi solvere, ut pecunia tibi esset mutua, & ille solvisset: nam & hic eodem facto a me liberaretur, & tu ex mutui caussa mihi obligareris. *L. 3. §. ult. infr. de don. int. vir. & uxor.* Hoc ergo loco quæret aliquis, videaturne hoc satis ex iure constitui, quod isto modo placet conventione obligationem veterem tolli, & constitui novam: cum ita ius sit, ne prioris obligationis novatio fiat, nisi stipulatione, & tunc cum posterior obligatio nominatim interposita est ea lege, ut novatio fieret. *L. 1. infr. de novat. L. ult. C. eod.* Quorum neutrum in proposito intervenit: nam neque de novatione hic quidquam cautum est, & sola conventio intercessit de pecunia credita, non stipulatio: alioqui obligationem de pecunia contractam esse Ulpianus non dubitasset, nec ad id probandum, quod erat iuris certi, opus esset argumentatione. *L. 2. L. ex pretio, in fi. C. eod.* Et si quidem conventio-

tione diceretur hic prior obligatio tolli, & constitui nova mutui, non deberet dubitari, quin utrumque pariter adversus ius certum constitueretur, & quod placeret prioris novationem fieri conventione, & quod placeret eadem conventione contrahi mutui obligationem, quæ nisi re non contrahitur. Sed animadvertendum est utrumque hic constitui propriis & veris rationibus. Prior obligatio tollitur, non sine conventione quidem; non tamen hac conventione, sed solutione, dum debitor pecuniam quam dare poterat creditori, & in hanc rem paratam habebat, videtur ei dedisse, atque hoc modo illi ex priore causa solvisse. Constat solutione iure civili tolli obligationem multo magis, quam novatione. Nova autem mutui obligatio contrahitur tunc, cum convenit, ut debitor crediti nomine pecuniam retineret: non tamen contrahitur hac conventione, sed quia ut ille videtur prius pecuniam dedisse creditori, qua solutione liberatus est: sic eodem tempore videtur pecunia a creditore in illum profecta: quæ res iure civili mutuum constituit. Demus huiusmodi aliquas species, ubi cum convenerit, ut debitor quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eandem ex nova caussa mihi deberet, dici is possit eo facto videri mihi pecuniam dedisse, & ego in illum transtulisse: recte hic quoque dicemus eadem ratione priorem obligationem tolli posteriore sola manente: veluti, si mulier debitori suo nuptura dotem promittat, quod is sibi deberet. Nam & hic placet sic dotis obligationem constitui, ut vetus tota tollatur, perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset. *L. si mulier, infr. de iur. dot.* Idem est, & si pro Sticho quem maritus mulieri debebat, mulier ei velit decem esse in dotem. Nam & hic perinde habetur, quasi vir hæc decem pro Sticho solvisset mulieri, & eadem rursum in dotem ab ea accepisset; qua ratione fit, ut priore solutione tollatur Stichi obligatio, quia aliud pro alio solvi potest: & posteriore acceptione eadem decem in caussam dotis convertantur. *L. si ei nuptura, infr. de iur. dot.* Quod si nihil tale dici potest: nunquam posterior conventio, etiam quæ de eadem re interposita sit, & obligationem pariat, priorem obligationem tollet, sed ex utraque pariter agi poterit: ne incipiat dici aut sola conventione fieri novationem, aut tunc ubi nominatim id actum non est, ut fieret: quæ ratio satis esse debet: ad hoc tamen confirmandum utcunque facit. *L. si remunerandi, §. apud Iulianum, infr. mand. L. duo, infr. pro soc.*

Ad L. Si socius. 16.

Paulus lib. 32. ad Edictum.

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam [pecuniam] facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant: quia suæ partis tantum alienationem habuit.

S U M M A R I U M.

1. *Fiscus ipse si pecuniam cum alio communem totam mutuo dederit, non pro maiore parte creditam facit quam sua.*

QUi pecuniæ dominus est, & eius alienationem habet, quatenus eo iure est, is mutuam dando, eatenus mutuam facit: quia hoc solum in mutuo quæritur, ut qui dat, rem faciat accipientis. *Inst. quib. mo. re contrah. obligat. in pr.* Proinde socius si pecuniam suam aliquam mutuo det, totam mutuam faciet. Nec ad rem pertinet, quod societatem cum aliquo forte contraxerit, cuius iure debeat pecuniam suam omnem cum socio communicare. Non enim eo minus pecuniæ suæ dominus est, quia socium habet, si nondum pecuniam cum illo communem fecit. Contra si pecuniam cum socio communem det mutuo, quia totius pecuniæ dominus non est, eoque partis alienationem non habet: non potest totam mutuam facere, nisi cæteri consentiant. Quominus tamen pro parte mutua efficiatur nihil est impedimento. *L. eius, ver. quas vero pecunias, infr. eod.* Quam partem hic intelligere debeamus, numero divisam, an indivisam in singulis corporibus, dictum est ad *L. nam etsi, §. ult. supr.* † 1
Cum autem dixerimus eam numero divi-
di,

di: eveniet, ut nec fiscus si centum cum socio communia mutua dederit, maiore ex parte mutua efficiat, quam pro quinquaginta, quia hæc sola fuerunt eius, & quidem divisim. Nam quod privilegium fisci esse dicitur, ut rem quam cum alio communem habet, & cuius partis dominus est, possit totam vendere, *L.* 2. *C. de com. rer. alieno* in corporibus, quæ pro indiviso communia sunt, constitutum est, ut facilius pro utilitate fisci reperiant emptorem: in his enim vere dicitur fiscus partis esse dominus. In pecunia autem ubi partes divisæ sunt, singulæ totum efficiunt non partem. *L. recte, infr. de ver. sig. L. si quis, §. si quis duas, infr. com. præd.*

Ad L. Cum filiusfamilias. 17.

Ulpianus lib. 1. Disputationum.

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum caussa Romæ ageret: responsum est a Scævola, extraordinario iudicio esse illi subveniendum.

S U M M A R I A.

1. *Filiusfamilias quibus ex caussis actionem suo nomine non habeat iure civili.*
2. *Filiusfam. quibus ex caussis utili iudicio & extraordinario agere possit, & quibus conditionibus.*
3. *Utilis actio datur tantum filiof. & cur.*
4. *In factum eadem, &* L. in factum, D. de ob. & act. *explicata.*
5. *Extraordinaria eadem hic dicta, & cur, & quid sit ordo.*

NOn temere est, quod in actione filiofamilias ad mutuum repetendum danda hic proponitur filiusfamilias studiorum caussa Romæ egisse: item quod dicitur in ea re extraordinario auxilio illi subveniendum esse. Utrumque ex hoc iure effici-
1 tur. † Nam si filiusfamilias extra caussam castrensis, aut quasi castrensis peculii, nempe in peculio profecticio, aut adventicio aliquid contrahat: item si quod in his damnum, aut furtum patiatur, earum rerum omnium obligatio & actio non filiofamilias acquiritur, sed patri. *Inst. per quas pers. nob. obl. acq.* De actione ex caussa peculii profecticii uaia ita ius vetus fuit, & nunc est. *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* Sed nihilominus etiam nunc idem constitutum est de actione, quæ nata sit ex caussa peculii adventicii: hanc enim pater solus exercet ut suam, licet ex consensu filii, si filius præsens sit, & pubertatem excesserit. *L. ult. §. ubi autem, C. de bo. quæ lib. d. tit. per quas pers. nob. obl. acq. in pr.* Et hoc quidem ius in cæteris rebus obtinet. Illud etiam hodie proprium est pecuniæ, vini, olei, cæterarumque rerum, quæ usu consumuntur, ut quemadmodum hæ per filiumfamilias, quamvis aliunde quæsitæ, pleno iure patri acquiruntur, quoniam earum ususfructus, quem Iustinianí constitutio patri tribuit, aliter ei acquiri non possit: *L. si vini, supr. de usuf. ear. rer. quæ us. con.* sic & his mutuo datis actio in totum sit patris, ut de re ad patrem pertinente quæsita. Si actio patri quæritur, filiusfamilias ex his caussis actionem non habet, quam quidem suo nomine exerceat: nam patris nomine tanquam procurator experiri potest etiam sine mandato, dum modo satisdet patrem ratum habiturum. *L. sed & hæ, L. Pomponius, §. ult. supr. de proc.* † Sed hoc subtilitas iuris exigit. 2
Cæterum propter utilitatem receptum est, ut ex his ipsis caussis, ex quibus patri actio competit, liceat filiofamilias experiri suo nomine, ut indicant *L. si longius, §. 1. supr. de iud. L. filiusfamilias. L. in factum, infr. de obl. & act.* Sed receptum hoc non passim, & prout filio visum fuerit; sed duntaxat his conditionibus, si denegata filiofamilias actione periculum sit, ne ipse aliquo incommodo afficiatur; ipse autem peregre degat, pater absit, & nemo sit, qui patris nomine experiatur. Ex quo est, quod hic proponitur filiusfamilias Romæ studiorum caussa fuisse: declarantur hæc in *d. L. si longius, §. 1. supr. de iud. L. filiusfamilias, in pr. supr. de proc. L. sed si unius. §. ait prætor, si ei, infr. de iniur.* Atque hoc receptum primo ius est in certis tantum caussis ex sententia Iuliani, puta iniuriarum, quod vi aut clam, depositi, commodati, quæ sententia refertur in *d. L. filiusfamilias infr. de obl. & act.* Sed Ulpianus

pianus motus æquitate rei, & ratione Iu-
liani, &, ut apparet, sententia Scævolæ,
quæ hic ab eo refertur, sententiam Iuliani
ad omnes caussas produxit: probavitque
sive ex maleficio agatur, quod filiusfami-
lias in peculio passus sit, sive agatur ex
eius contractu, ut quia depositum, com-
modatum, aut mutuum repetat, permit-
tendum esse illi de eo experiri, non pro-
curatorio nomine, quod iure publico &
directo facere potest, dum satisdet; *d. L.
sed & hæ, supr. de proc.* sed nomine suo,
si neque pater præsens sit, neque sit quil-
quam, qui patris nomine agat: ne scilicet
si filius suum viaticum non recipiat, fame
pereat, & impune iniuriam patiatur. Hæc
Ulpiani sententia est pluribus exposita in
d. L. si longius, §. 1. † Superiori iuri il-
3 lud consequens est, quæcunque hic actio
filiosfamilias dabitur suo nomine, hanc so-
lum utilem fore, non directam. Et utilis
tantum nominatim datur in *d. L. si lon-
gius* Et recte. Nam directa est, quæ ex
verbis iuris competit; hæc ex caussa pe-
culiari quæsita tantum patri datur. Quod
si quando datur filio, datur ex æquo &
bono, cessantibus verbis legis duntaxat ex
legis sententia propter utilitatem: huius
autem generis actio appellatur utilis. *§. ult.
Inst. de leg. Aquil.* Nec quia dicitur in
*d. L. filiusfamilias suo, infr. de obl. &
act.* filiumfamilias habere quasdam actiones
suo nomine, idco intelligere debemos eum
habere directas; in quo turpis error Ac-
cursii, & Bartoli animadvertendus est. Nam
& qui utiles actiones habet, eas suo no-
mine intendit & exercet. *L. procuratore
in rem, supr. de proc. L. ult. C. quan.
fis. vel pri.* Dicitur autem utilis interdum
in factum, ut ex duobus locis inter se
collatis intelligitur. *§. ult. Inst. de leg.
Aq. & L. boves, supr. ad leg. Aq.* † Hinc 4
illud est, quod ab eodem Ulpiano tradi-
tur in *L. in factum, infr. de obl. & act.*
in eandem sententiam: *in factum actiones
etiam filiosfamiliarum posse exercere.* Ubi
actionum verbo perspicuum est eum non
unam actionem, quæ ex certa aliqua caussa
competat, puta mutuo, intelligere, sed plu-
res. Eæ sunt autem eædem, quas ex ipsius
sententia ex omnibus caussis potest filius-
familias exercere; quæ cum sint variæ &
ex diversis caussis, idcirco actiones dixit
plurali numero, non actionem. Et quod
ait, *potest exercere*, sic accipiendum est,
ut possit suo nomine ut est in *d. L. fi-
liusfamilias, non procuratorio:* nam hoc
nomine potest exercere & directas & uti-
les, non tantum quæ patri, sed etiam cui-
vis extraneo competunt. *L. filiusfam.* il-
lic, *ipse quoque filius, supr. de proc.* † 5
Hæc eadem utilis illa est, quæ dicitur ex-
traordinaria hoc loco. Nam ordo ritum
& morem usitatum præscriptum in rebus
gerendis significat: unde quæ usitata via
& more iure civili constituto fiunt, dicun-
tur ordine fieri; quæ contra, dicuntur
fieri extra ordinem. *L. 3. in pr. infr. ne
vis fiat ei.* Similiter & ea, quæ iure pu-
blico conceduntur, dicuntur esse ordina-
ria, quia usitata; contra quæ iure civili
& communi denegata tribuuntur benefi-
cio magistratus, ea dicuntur auxilia & re-
media extraordinaria, quibus læsis subve-
nitur, ne incidant in captionem. *L. in
caussæ, 2. supr. de minor.* Talis est hæc
actio, quæ patri iure competens humani-
tatis ratione datur filio præter regulas iu-
ris, ut ei subveniatur.

Ad L.

Ad L. Si ego. 18.

Idem lib. 7. Disp.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Iulianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum est. Et puto nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est, & si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam obstentandi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumptis numis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum nullum inter dissentientes; & hoc quam late pateat.*
2. *Dissensus in dominio rei traditæ facit, ut neutrum contrahatur ex iis, quæ contrahentes senserunt.*
3. *Donationis caussa nummi dati exstantes repeti possunt ab eo, qui alio animo accepit: nulla exceptione repetenti obstante.*
4. *Consumpti condici in ea specie possunt, & qua condictione; sed obstat agenti exceptio: quæ, & cur.*
5. *Ex alia quam donationis caussa nummis datis, si alio animo accepti sunt, & exstantes vindicari, & consumpti sine metu exceptionis condici possunt.*
6. L. cum in corpus, D. de acq. rer. dom. *explicata, & conciliata cum hac* L. si ego.

QUod sæpe iam diximus, mutuum & similes contractus, qui re fieri dicuntur, non sic dici, quin desiderent & consensum: *L. 1. §. 1. supr. de pact.* non hanc solum vim habet, ut pecunia quæ data est, non fit mutua secus, quam is qui dat, voluit esse mutuam, sive det mutuam, ne ex parte repetatur; *L. rogasti, §. si tibi, supr.* sive det, ne sit mutua ante, quam conditio aliqua exstiterit; aut ne repetatur ante certum diem. *L. omnia, L. proinde seq.* sed etiam ut nihil prosit eum, qui dedit pecuniam, dedisse ut mutuam, nisi & qui accipit, in eandem caussam consentiat. Non est enim consensus, unius tantum voluntas, dantis aut accipientis, sed duorum simul dantis & accipientis in eandem caussam & eandem rem consentientium, similiter ut conventio & pactio. *L. 1. § 1. de pact. L. 3. infr. de poll.* Et hoc posterius de dissensu dantis & accipientis in caussis dandi accipiendique ea pars est, quam attingit hoc loco Ulpianus, in qua explicatius docet in hoc dissensu in utramque caussam, quam animo sibi fingunt contrahentes, penitus nihil agi. Ut autem intelligatur non esse id proprium mutui, exemplis declarat pertinere hoc ad omnes contractus, & omnia negotia, quæ re, idest, rei traditione, & acceptione inter aliquos perficiuntur. In quo præter mutuum exemplis utitur depositi, commodati, donationis, & in omnibus eadem cum mutuo definitione utitur: & recte. Nam & depositum & commodatum itidem contractus sunt, qui re fiunt, ut mutuum: ut non minus, quam mutuum, & rem & consensum desiderent. Donatio & ipsa nisi re tradita non perficitur. *L. 1. infr. de don. L. senatus, §. 1. infr. de mor. cau. don.* Etsi autem non est contractus, ut quæ accipientem ad reddendum non obliget: *d. L. 1. de don. L. si repetendi, C. de con. ob cau.* tamen cum facto duorum perficiatur dantis & accipientis, non minus constat & ipsa consensu. *L. in omnibus rebus, infr. de obl. & act.* † Sic ergo de his generaliter definit (nam hæc exemplorum summa est, cum de negotio perficiendo quæritur) quoties ex una aliqua harum caussarum pecunia alicui datur, si is qui accipit, in eandem caussam non consentiat, sed hoc animo sit, ut ex alia causa accipiat: sic in utramque partem nihil agi, ut neque sit id negotium, quod qui dabat, voluit, neque id de quo, qui accipiebat, sensit. Ut puta, ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi: tu quasi mutuam accipis. Neque donatio erit, inquit, neque

que mutuum. Donatio, quia in eam non sit consensus accipientis. Mutuum, quia rursum in id non consensus dantis. Idem est, si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: aut contra ego tanquam mutuam pecuniam tibi dem, tu quasi depositam, aut tibi commodatam ostentandi caussa accipias. Nam & hic, inquit, nec mutuum erit, nec depositum, nec commodatum eadem ratione. Qua in re, ut ex consensu, quem in his exigimus, intelligimus eum effectum qui hic traditur: sic vice versa hoc effectu dissensus in his constituto, ex effectu ad caussam facile pervenimus, intelligimusque in his negotiis & contractibus qui re fiunt, præter rei traditionem etiam consensum hoc loco confirmari. Ex superiore autem sententia incidit quæstio in hoc dissensu de pecuniæ datæ repetitione, quam ideo admiscet, & tractat Ulpianus. Nam cum hic nullum negotium contrahatur, neque id quod qui dedit, neque id quod qui accipit, voluit, & tamen pecunia re vera data sit: quæritur, possitne is qui dedit, semper eam pecuniam repetere, quæ apud accipientem sine caussa esse deprehenditur; an contra ideo non possit, quia ipse nullam repetendi caussam habere videtur, quoniam nulla contracta est: aut si aliquando potest, an saltem tunc non possit, cum pecunia donandi animo ab illo data est. Qua in re caussas dandi alias ab aliis distinguit Ulpianus. Et aliud ius esse ostendit in ea specie, cum ego quasi donaturus tibi dedi, tu quasi mutuum accipis; aliud quoties ego non quasi donaturus dedi, sed aut quasi deponens, aut commodans, aut mutuans, tu quasi ex alia quavis causa accipis: deque eo in summa ita statuit, ut in priore quidem specie nummi dati exstantes repeti omni modo possint, consumpti non possint; in altero autem genere pariter repeti possint & consumpti & exstantes sine ulla exceptione. Quod an ita sit, expensis Ulpiani verbis, & ratione singulorum cognita intelligetur.

Ait, MAGISQUE NUMMOS NON FIERI ACCIPIENTIS] Dixerat: *si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, nec donationem esse nec*
3 *mutuum.* † addit, *magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.* His verbis, *magisque nummos accipientis non fieri*, etsi proprie de dominio respondere videtur, vi tamen ipsa de repetitione respondet. Sive enim his verbis intelligimus nummos omnino non fieri accipientis: is qui dedit, mansit eorum dominus: proinde exstantes suo iure vindicabit, *L. rogasti, §. ult. supr. eod.* sive intelligimus nummos accipientis non fieri perfecte, quia fiunt quidem eius, sed ita ut ei avocari possint: hoc ipso declaratur eos condici posse. Utrum horum accipere debeamus, quia pendet ex conciliatione huius loci cum *L. cum in corpus, infr. de acq. rer. do.* quæ res paulo plura verba desiderat: postea separatim commodius dicetur: quam tractationem in extremum locum reiect. Nunc hoc constabit, sive hoc sive illo modo accipiemus, semper statui his verbis in specie proposita nummorum a me tibi datorum repetitionem, sive placet me eos vindicare posse, sive tantum condicere: atque hoc præcipue agere Ulpianum illis verbis, ut hanc repetitionem statuat, cum ex eo existimare possumus, quod nihil magnopere ad rem pertineat in hac specie de dominio nummorum quærere, nisi quatenus intelligatur eos propterea repeti posse: tum maxime ex eo, quod idem uno contextu subiicit de condictione nummorum consumptorum: de quorum repetitione non fuit, cur potius ageret, quam de repetitione exstantium. Nummi ergo a me tibi dati quamvis donationis caussa, si tu eos quasi mutuos accipias, a te repeti possunt. Generaliter hoc Ulpianus de nummis a me datis; sed de exstantibus eum sentire ex sequentibus manifestum est. De consumptis enim subiicit, ita eos tuos fieri, ut nec iure possint tibi auferri. Tuos fieri ostendit, cum ait te eorum nomine condictione teneri: nam si mei semper mansissent, aut tu eos mala fide desisses possidere, etiam nunc eorum nomine mihi vindicatione tenereris: quia perinde haberetur, quasi exstarent, & tu eos possideres. *L. qui petitorio, supr. de rei vind. L. parem, L. qui dolo, infr. de reg. iur.* Avocari tibi non posse declarat, cum te de his conventum exceptione doli uti posse ait. Prius ergo de exstantibus, post agit de consumptis. Sed an non exstantes nummos seu vindicanti seu condicenti mihi doli mali exceptio obstabit, itidem ut obesset consumptos condicenti? Quidni vero obstet, dicat aliquis, ut qui exstantes contra voluntatem repetam? nam qui donationis caussa dat, ita dat, ne unquam repetat. *L. 1. supr. de don.* Et hoc Accorsio ita videtur, quem & Bartolus, & alii plerique sequuntur. Sed perspicuum est Ulpianum hoc sentire sic in proposito exstantes nummos repeti posse, ut qui repetit, nulla exceptione summoveatur. Ait enim exstantes accipientis non fieri. Si is

qui dedit, quominus eos repetat, aliqua exceptione prohibetur, nummos fecit accipientis, non verbo tenus, sed cum effectu. Quid est enim rem facere accipientis, nisi ita dare, ut apud eum qui accepit, mansura sit, quia nemo possit avocare? Certe qui ita accipit, dicitur cepisse, idest, ita accepisse, ut habeat. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur cepisse, infr. de reg. iur.* Nec vero quisquam ita cepisse dicitur, nisi quia alius dedit. Indicat id non minus distinctio de consumptis nummis continenter subiecta: Ait enim, si is qui nummos accepit, eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti posse. Si eadem exceptione removeri potest, qui exstantes repetit: inepte consumptis tribuitur, quod pariter & ad exstantes pertinebat. Quid ratio ab Ulpiano de consumptis subiecta, an non idem evidenter ostendit? *Qui nummos accepit*, inquit, *si his consumptis condictione conveniatur, doli exceptione uti potest: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* Huic rationi certum est in exstantibus nummis locum esse non posse. Neque enim dici possunt secundum voluntatem consumpti, qui ne consumpti quidem sunt. Et vero hoc ita est, ut qui exstantes nummos repetit, nulla exceptione doli possit removeri. Nemo enim dolo facit, qui suo iure utitur. *L. nullus, infr. de reg. iur.* Utitur autem in proposito, qui exstantes repetit. Nam si adhuc eorum dominus est, recte suos vindicat, & suo iure. Si dando dominus esse desiit; tamen si nummos ex donationis caussa dedit, & revocata voluntate fecit, ut exstantes sint apud accipientem sine caussa, non minus iure eos condicet, quia iure habet condictionem sine caussa, ut postea dicetur. *L. 1. infr. de cond. sine caus.* Quapropter si neque vindicanti exstantes nummos, (si modo vindicare potest) neque condicenti, idest, suo iure utenti ullus dolus obiici potest: ne potuit quidem obiici doli mali exceptio. Sed an non obstabit repetenti donatio, cum animo donandi dederit, & ius perfectam donationem non permittat revocari? *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus. L. si donationem, L. velles, C. de revo. don.* Obstaret donatio, si hic ulla esset; sed nullam esse diserte Ulpianus scribit, quod & certum est. Nihil enim agit voluntas domini rem suam alii donare volentis, nisi & qui accipit, rem ut donatam accipiat. *L. in omnibus rebus, infr. de ob. & act.* Quid voluntas ipsa dantis, an non saltem hæc sola illi etiam sine donatione obstabit? Etsi enim hic donatio nulla est; tamen negari non potest, quin qui donationis animo dedit, ita dederit, ne unquam repeteret, ut ante dixi. *L. 2. infr. de don. L. 1. infr. de prec.* An non igitur recte retinebuntur nummi, qui retinentur secundum eius voluntatem, si non iure summo, quod fieri non posse concedimus, at certe opposita doli mali exceptione, de qua quæritur? Nam qua alia ratione consumpti per exceptionem retinentur, nisi quia secundum voluntatem consumpti sunt, ut postea scriptum est? Et si quidem retinerentur exstantes nummi secundum voluntatem dantis, non negarem repetentem exceptione doli removeri posse eodem exemplo, quo & qui secundum voluntatem consumpti sunt, retinentur. At aperte mutatur hæc voluntas, cum is qui dedit, nummos repetit. Voluntate mutata non possunt omnino nummi amplius dici retineri secundum eius voluntatem, ut quæ mutata esse desierit. Quominus autem is qui donationis caussa dederit, ubi donatio admissa non est, rebus integris voluntatem revocare possit, nihil est impedimento. Sola enim obligatio, aut conventio cum adversario de donando interposita quominus a priore voluntate recederet, illi obesse potuit. *L. sicut, C. de ob. & act. L. 1. supr. de pac.* Hæc conventio in proposito inter dissentientes nulla est. Et omnino huc pertinet, quod per occasionem precarii revocandi scriptum est in *L. 2. infr. de prec. natura æquum esse, tandiu quemque liberalitate mea uti, quandiu ego velim, & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.* Quod enim pecuniam donationis caussa a me datam tenes, nec repeto, cum tu alia opinione acceperis: est beneficii mei & liberalitatis, non ullius conventionis, cum hæc nulla intervenerit, ut tibi donarem: proinde licebit id revocare, cum velim.

Videamus tamen, ne hic nobis obstet, quod de nummis consumptis postea dicitur. Nam si semel secundum voluntatem dantis consumpti sint, placet nihil ei prodesse voluntatem revocare, quo magis eos repetere liceat. Cur ergo magis id facere liceat in exstantibus, ac non satis sit eos aliquando secundum voluntatem accepisse? Non utique, quia non pariter & consumptis & exstantibus nummis liceat revocare voluntatem, quæ nulla necessitate obligationis aut conventionis tenebatur; sed quia non est satis ad repetitionem voluntatem mutare, nisi ea mutata dici possit

ſit nummos aliquando apud accipientem ſine voluntate dantis fuiſse. Id quod in exſtantibus contingere poteſt: qui ſimul atque repeti cœperint, incipiunt haberi contra dantis voluntatem: unde & repetitio ſine metu exceptionis. At in his qui ſecundum voluntatem dantis ſemel conſumpti ſunt, dici idem omnino non poteſt. Nam quandiu exſtiterunt, habiti ſunt ſecundum voluntatem, quæ revocata non fuit. Poſtquam autem conſumptione apud accipientem eſse deſierunt, quamvis voluntas mutetur poſtea; tamen neque dici poſsunt haberi contra voluntatem tunc, cum repetuntur, quia tunc non ſunt: neque tunc habiti fuiſse, cum ſunt conſumpti, aut ante: quia utroque tempore habiti ſunt ſecundum voluntatem. Neque porro quominus id ita factum ſit, ulla voluntatis mutatio in præteritum poteſt efficere: facta enim infecta fieri non poſſunt. *L. in bello, §. facti, infr. de capt.* Sed ſi ſuperiora nihil obſtant: videamus ſaltem, ne nos movere debeat locus in contrariam ſententiam a Bartolo allatus. Ille enim etiam in nummis exſtantibus competere accipienti exceptionem, evidenter probari putat *L. ſi tibi dederim, infr. de donat.* ubi ego tibi rem dedi, ut Titio meo nomine donares: donaſti, ſed tuo nomine: reſpondetur ſubtilitate iuris rem accipientis factam non eſſe: itidem ut hic, cum tibi quaſi donaturus dedi, tu alia mente accipis, ſcriptum eſt nummos tuos non fieri: & tamen illic adiicitur, ſi agam contra Titium, qui rem accepit, exceptione doli me ſummoveri. Ex quo videtur, & in propoſito idem dicendum eſſe de iis nummis, quos tibi donatos alia mente acceperis. Sed exemplum nihil ad rem pertinet. Ut enim in eo rem Titio donatam volui: ſic & illi, ut volui, a te donata eſt, & ut donata eſt, ita etiam ut donatam accepit. Quid mirum, ſi perficitur donatio, in quam ego & ille conſenſimus? Sane in eo diſſenſus fuit, quod ego Titio donatum volui meo nomine; tu autem donaſti tuo: & ille itidem eo nomine accepit. Quæ res cauſſam attulit, cur videretur ſummo iure res non eſſe facta accipientis. Sed in verbis hic diſſenſus fuit: in re ipſa nullus eſt. Quod enim volui, ut tu Titio donares meo nomine, hoc ſpectabat, ut primum quidem res ad illum perveniret donationis cauſſa, deinde intelligeret rem a me, & mea liberalitate in illum proficiſci. At horum utrumque fit, cum tu donaſti quamvis tuo nomine. Nam præterquam quod hoc modo res ad Titium pervenit ex donationis cauſſa, ut volui: etiam hoc evenit, ut cum cognitum fuerit, quomodo hic res geſta ſit, & cur tu Titio donaveris, ſimul ille intelligat vere rem a me profectam eſſe: cum niſi tibi dediſſem, res ad illum non perveniſſet: & intelligat a me eſſe donationem, cum tu illi non donaſſes, niſi a me accepiſſes ea conditione, ut donares. Verum eſt ergo, quod ſupra poſui, cum in cauſſis dandi & accipiendi diſſenſum eſt, ut nulla obligatio omnino contrahitur, ita quod ad repetitionem pecuniæ datæ attinet, nummos exſtantes omni modo repeti poſſe, etiam in ea ſpecie, cum ego tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuos accepiſti.

De genere actionis ad extremum intelligetur, cum expoſuero, an & quatenus in hac cauſſa nummi non fiant accipientis. † Non eadem cauſſa eſt in eadem ſpecie 4 nummorum conſumptorum. De quorum repetitione iam ante nonnihil attigimus, quia in nummorum exſtantium comparatione explicanda ita facere neceſſe fuit: ſed in eo non ſunt omnia. Quapropter ne quid in verbis Ulpiani nos fugiat, quid de horum repetitione ſcribat, breviter conſideremus. Ait igitur: *Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumpti.* Condictione ergo tenetur, qui accepit. An furtiva, quaſi furtum nummorum fecerit, qui eos contrectavit? nam prius dixerat nummos non fieri accipientis. Minime, ne ſi poneremus quidem nummos eius plane factos non eſſe, ſed manſiſſe alienos. Nummi enim ſecundum voluntatem dantis conſumpti ſunt: nemo autem rei alienæ furtum facit, qui eam aut volente domino contrectat, aut eo volente ſe contrectare exiſtimat. *§. placuit, §. ſed et ſi, Inſt. de ob. quæ ex del. naſc.* Sed erit, quod omnes concedunt, condictio ſine cauſſa. Cum enim nummi dati ſint donationis cauſſa, quæ cauſſa nulla eſt: apparet eos apud accipientem ſine cauſſa eſſe: quod cum ſit, condictio ſine cauſsa competit. *L. 1. in fin. infr. de cond. ſine cauſſ.* Hæc condictio iam a principio danti nata eſt, ſi dominium nummorum translatum eſt in accipientem, ut puto transferri: itaque & nummis exſtantibus dabitur. Quod ſi exſtantibus: non mirum, ſi his conſumptis perſeveret: quoniam dominio eorum translato non eadem ſpecies deberi cœpit, ſed, ut in mutuo, idem genus, quod etiam conſumptis nummis ſemper idem futurum eſt. Quod ſi placet dominium nummorum ab initio transſ-

translatum non esse: non competet quidem danti condictio nummis exstantibus, cum non convenerit de aliis reddendis, eandem autem speciem quæ fit condicentis, nemo condicere possit præterquam a fure. *§. sic itaque, Inst. de act.* Sed si nummi consumpti fuerint: fit, ut consumptione intelligantur pervenisse ad accipientem, unde & in eum nascetur condictio quasi dominio in illum translato. *L. non omnis, §. si pupillus, infr. eod.* Non possit autem ne hæc quidem condictio esse alia, quam illa de qua dixi, idest, sine causa: cum etiam hoc modo nummi reperiantur ad consumentem sine causa pervenisse. Enimvero competit hæc condictio consumptis nummis ipso iure: sed qui accepit, si conveniatur, *doli mali exceptione uti poterit*, inquit Ulpianus. Sed videamus, ne hæc non possint consistere. Quid enim? volumus esse condictionem sine causa? exceptionem tollimus. Non enim competit condictio sine causa, nisi quia pecunia ad accipientem sine causa pervenit. *L. 1. in fi. infr. de cond. sin. cau.* Quod si fit, quomodo dolo, aut inique facere videri potest, qui eam pecuniam repetit: cum constet unam hanc condictionem ex bono & æquo maxime esse introductam, quæ quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocat? *L. pen. infr. de cond. ind.* Dolo autem actionis sublato, & æquitate condictionis constituta, non exceptio tantum doli, sed etiam alia quævis tollitur. *Inst. de exc. in pr. & deinceps.* Rursum volumus exceptionem doli dari? hoc ipso non competere condictionem confirmamus. Non enim alia de caussa exceptio doli datur, quam quod iusta caussa est pecuniæ retinendæ posita in dantis voluntate, qui pecuniam donatam voluit. Quod si habendæ pecuniæ aliqua caussa est, non est pecunia sine caussa apud accipientem. Quo posito simul & condictionem sine caussa etiam ipso iure competere negamus. Et hæc ita essent, si in condictione sine caussa, quæ in specie proposita datur, verbo caussæ quamlibet caussam & rationem dandæ retinendæque pecuniæ intelligeremus. Nunc autem pecunia hic data proponitur caussa donationis, & accepta mutui causa. Quibus verbis intelligimus eas caussas ex quibus dominium transfertur, & quæ eædem constant duorum consensu: denique eas quarum neutra in proposito intervenit. Nam nec donatio est, ut diximus, nec mutuum. Quo fit, ut recte hic dicatur pecuniam ad accipientem pervenisse sine caussa: quoniam pervenit sine ea caussa ob quam vel data, vel accepta est. Unde & condictionem sine caussa iure civili nasci necesse est. *d. L. 1. in fin. de cond. sin. cau.* Sed quamvis hic nulla huiusmodi transferendæ pecuniæ caussa sit: est tamen aliqua retinendæ, quæ si nihil transfert, tamen facit, ut pecunia a dante honeste repeti non possit. Ea est voluntas dantis donationis causa, si secundum hanc voluntatem nummi sint consumpti. Nam qui dedit hoc animo, ut pecunia perpetuo esset apud accipientem, is sine dolo pecuniam contra voluntatem repetere non potest, si voluntas eiusmodi est, quæ nulla pœnitentia possit revocari, quin semper verum sit pecuniam haberi ex dantis voluntate: quod accidit in nummis donationis causa datis, si semel secundum voluntatem dantis consumpti fuerint. Hinc exceptio doli adversus nummorum consumptorum condictionem. Cur non eadem sit exceptio in nummis exstantibus, supra diximus. Sed quid sibi vult, quod in hac exceptione danda ita scribit; *quare si eos consumpserit*, & quæ sequuntur? hoc enim ita subiicit: quasi exceptionem istam ex præcedentibus colligat. Prius autem dixerat in specie proposita nec donationem esse, nec mutuum: magisque nummos non fieri accipientis. Itaque cum ita subiicit: *quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit:* id ita scribit, quasi ex eo, quod nulla in proposita specie retinendæ pecuniæ causa est, & nummi accipientis facti non sunt, efficiatur eos ab accipiente utiliter peti non posse. Quod plane contra colligi oportuit. Nam si nummi nulla ex causa sunt apud accipientem, aperte ea res affert danti condictionem sine causa, non etiam ei qui sine causa accepit, exceptionem. Et si quidem nihil hic subiiceret Ulpianus nisi de exceptione, aut etiam si ex præcedentibus eam colligeret: non posset, quin vitiosa esset collectio. Sed animadverti debet in his verbis duo statui: unum de condictione nummorum consumptorum; alterum de exceptione adversus condictionem. Cum enim dicit, LICET ACCIPIENS CONDICTIONE TENEATUR, eadem opera affirmat eum teneri. Perinde ergo est, quasi diceret: Quare si eos consumpserit, nihilominus condictione tenebitur; sed licet teneatur, tamen doli exceptione uti poterit. Quod de condictione infert, recte colligit ex præcedentibus. Omnino enim ex his efficitur. Quod adiicit de exceptione, non sic adiicit, ut ex præcedentibus colligat: idque ex eo apparet, quod ipse pro-

propriam huius exceptionis dandæ rationem subiicit longe diversam a prioribus: sed ut quod de condictione inde colligebatur, temperaret: innuens sic in proposito nummorum consumptorum condictionem esse, ut tamen accipienti non noceat propter doli exceptionem.

5 Si ego quasi deponens] † Hactenus de repetitione nummorum in priore illa specie, cum ego quasi donaturus pecuniam dedi, tu quasi mutuam accipis. Dissimilem caussam repetitionis esse ostendit in altero genere, cum nummi ex alia quam donationis caussa dati sunt, & tanquam ex alia accepti: quo in genere duobus exemplis utitur: uno, cum qui dat, quasi deponens dat, alter quasi mutuam accipit; altero e converso, cum qui dat, quasi mutuam dat, alter accipit quasi commodatam ostentandi caussa. Ac de repetitione in utroque sub finem ita scribit: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit. De nummorum dominio, aut de exstantium repetitione in his caussis nihil dicit, ut ante: quia res erat expedita. Certi enim iuris est nunquam dominium transferri, cum qui dat, & qui accipit, in caussis dandi accipiendique ita dissentiunt, ut nec in dominio rei transferendo vel acquirendo consentiant. *L. in omnibus rebus, infr. de oblig. & act.* quod fit in suprascriptis caussis. Dominio autem nummorum in accipientem non translato, non minus & illud certum est, exstantes nummos ab eo qui eos teneat, vindicari posse. *L. rogasti, §. ult. supr. L. actionum, infr. de obl. & act.* & quidem citra exceptionem multo magis, quam tum cum ab eo qui dabat, donationis animo dati sunt; de quo in superiore specie dictum est. De consumptis dubitari poterat, qua actione repeti possint, & an adversus hanc eadem exceptio locum habeat, quam in superiore specie Ulpianus dederat. Ideo Ulpianus de consumptorum tantum repetitione hic scribit, & ita scribit, ut de utroque illo breviter respondeat. Ergo consumptis nummis condictioni locum esse ait. Recte condictioni, non vindicationi, ut fieret nummis exstantibus. Nunquam enim actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo malo possidere desiit. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Nihil autem dolo facit neque in priore exemplo, neque in posteriore, qui in his nummos acceptos consumit. Nam is quidem qui pecuniam tanquam mutuam accipit, dum mutuam esse putat, bona fide eam consumit. In hac enim opinione consumit tanquam suam: quia si vere mutuum esset, dominium pecuniæ in eum esset translatum. *L. 2. §. appellata, supr. eod.* Qui autem tanquam commodatam accipit, quæ quasi mutua data erat, etsi non est hac opinione, ut putet se dominum pecuniæ factum esse, cum commodatum rei commodatæ proprietatem non mutet: *L. rei commodatæ, L. nemo seq. infr. commod.* tamen quia accepit ab eo, qui mutuam esse voluit, nihil facit dolo, si eam secundum voluntatem dantis consumat, ominoque furtum non facit. *§. placuit, Inst. de obligat. quæ ex del.* Sic fit, ut qui consumptos nummos non possidet, neque dolo desiit possidere, is vindicatione de consumptis non teneatur, multoque minus condictione furtiva. Sed quia nummi consumpti videntur consumptione ad accipientem pervenisse, idque facto eius qui dedit; ideo quasi ei ab illo dati essent, tenebitur eorum nomine condictione. *L. non omnis, seq. §. si pupillus.* Quam non dubium est eandem illam intelligi debere, de qua diximus: nempe *sine caussa*, cum in his exemplis inter tam aperte dissentientes nullum negotium contrahi appareat. Sed condictioni hic locus erit, inquit, *sine doli exceptione.* Merito: sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive det quasi mutuam, ex utraque caussa hoc animo dat, ut repetat. Quapropter quamvis nummi consumpti fuerint secundum voluntatem dantis, ut fit, cum dati sunt quasi mutui; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur: semper cum repetentur, certum erit repeti eos non contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit, unde & exceptio doli adversus eum nata est; sed maxime secundum dantis & accipientis voluntatem. Quæ res omnem exceptionem & tergiversationem accipienti adimit.

† Restat, quod initio huius capitis in 6
hunc locum reiecimus, ut separatim videamus, quam significationem habeat, quod in principio scriptum est: Cum ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi, tu quasi mutuam accipis, nummos accipientis non fieri; in primis autem num contrarium videri debeat. *L. cum in corpus, infr. de acquir. rer. dom.* Quod quidem existimari necesse est, si nummos non fieri accipientis sic accipimus, ut dominium nummorum in accipientem non transferatur, qui fere usus est loquendi. *Inst. quib. mod. re contr. obl. §. sic itaque, Inst. de act.* Nam

Nam in *d. L. cum in corpus*, eum in principio generalis hæc definitio est, *cum in corpus acquirendum consentimus*, dominium transferri, *etsi in caussis dandi accipiendique dissentimus:* tum vero hæc ipsa species, de qua agimus, exempli loco in extremo subiecta est, & sententia superior nominatim confirmata. Sic enim illic scriptum est: *nam etsi pecuniam numeratum tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire.* Quasi creditam accipias, idest, *quasi mutuum*, id enim credita pecunia significat in usu iuris. *L. qui negotia, infr. mand. L.* 1. iuncta. *L.* 3. *§. pen. infr. de sen. Mac. L. quod si minor, §. pen. supr. de minor.* Nam quod quidam pecuniam creditam illic interpretantur, creditam a te, idest, tibi debitam, ut tu eam quasi debitam tibi solutionis caussa accipias, quos hic Alciatus refert, & quorum ipse sententiam secutus est. *Lib.* 5. *parer. cap.* 15. defendi non potest. Apparet enim ex verbis præsentis temporis, quibus Iulianus utitur, nempe *tradam*, & *accipias*, etiam donandi animum, & crediti verbum ad idem tempus referri debere: ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi nunc creditam accipias. Non potuit autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non proficisceretur. Ita creditam sic accipere debemus, ut tu eam quasi nunc creditam accipias: creditam autem non a te, qui eam non das, sed a me qui eam tibi trado. Deinde cum pecunia ab aliquo proficisci debeat, ut sit credita, a quo intelligere possumus eam profectam, nisi ab eo, quem prius dictum est eam tradidisse? Ego autem is sum, qui dicor tibi eam tradere, quare & cum credita esse postea dicitur, etiam a me credita debuit intelligi, nisi nominatim adiiceretur te accepisse quasi a te prius mihi creditam. Quanquam si dederimus creditam in eo exemplo significare tibi debitam, parum proficiemus: revocabimur enim semper ad definitionem initio positam, cum Iulianus generaliter ita scribit, *cum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in caussis vero dissentiamus, non animadvertere se, cur sit inefficax traditio.* Quæ definitio in specie proposita efficit dominium pecuniæ in te transferri. Cum enim pecuniam tibi do donandi gratia, etsi tu quasi mutuam accipis; tamen in eandem rem, & eiusdem rei dominium consentimus, cum ex utraque caussa pariter dominium transferatur. Ita ex definitione etiam in ea specie dominium transferri dicendum est. Nec ad rem pertinuerit, quod forte aliis, quam huius speciei exemplo postea Iulianus usus non erit. Quæ enim exempli loco dicuntur, ea de generalitate definitionis nihil mutant. *L.* 1. *§. quod vulgo, infr. unde vi. L. pen. §. ult.* illic, *nam initium constitutionis. infr. de iur. & fac. ig.* Et ut de sententia Iuliani non dubitetur, quid est quod ad transferendum dominium exigamus præter rei traditionem, nisi ut in eo de quo transferendo agitur, concurrat affectus ex utraque parte dantis & accipientis? Nam ut transferat dominus rem suam, quam tradit, satis est, quod vult transferre: hanc enim voluntatem natura æquum est ratam haberi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* & ut acquirat is qui accipit, solum hoc quæritur, ut velit suam esse. *L.* 1. *in pr. & §.* 1. *infr. de acquir. poss.* Atqui quæcunque dandi & accipiendi caussæ sint, si ex omnibus id agitur, ut dominium in accipientem transeat, concurrit utrinque & dantis & accipientis affectus in hoc, ut dominium transferatur. Proinde quicunque erit dissensus in caussis dandi accipiendique, nihilominus eum affectum ad dominium transferendum spectari oportebit, & ex eo dominium transferetur. Quare sive definitionem spectamus, quæ initio posita est in *d. L. cum in corpus*; sive exemplum quo in extremo Iulianus utitur; sive rationem, qua superior sententia defenditur: omnia efficiunt etiam in hac specie cum ego quasi donaturus tibi pecuniam do, tu quasi mutuam accipis, dominium in te transferri. Neque dicemus, quod quidam hic parum attente faciunt, id ita probandum esse, si ego hoc animo sim, ut velim pecuniam omni modo in te transire: aliter, si non sim. Ridiculum est enim dicere quemquam donandi animo dare, qui non sit hoc animo, ut dominium transferat: cum donare nihil sit aliud, quam liberalitatis caussa ita dare, ut datum nunquam repetatur. *L.* 1. *infr. de don.* Sed nec distinguemus, utrum velis tibi dominium omnino acquiri pecuniæ tibi traditæ, an vero non aliter, quam si pecunia tibi sit mutua. Nam in eo, quem constat pecuniam quasi mutuam accipere, qualis nunc proponitur, qui accipit: non potest dici eum alio animo esse, quam ut velit pecuniam suam fieri: cum non possit esse mutua, nisi fiat accipientis. *L.* 2. *§. appellata, supr. Inst. quib. mo. re contrab. obligat. in pr.* Et breviter qui pecuniam vult donare, idem dominium transferre vult: & qui quasi mutuam accipit, idem vult in se eam transferri: ut sic in domi-

nio

nio transferendo nanciſcendoque concurrat utrinque in hac ſpecie & dantis & accipientis affectus: quod cum ſit, non poteſt quin dominium transferatur. Hæc cum ita ſint, illuc redeo, quod ſupra dixi: Si his verbis, *nummos* in propoſito *non fieri accipientis*, quibus hoc loco Ulpianus utitur, hoc dici intelligimus, nummorum dominium in accipientem omnino non transferri: nihil dici poteſt, cur horum locorum ſententiæ non ſint in hac ſpecie contrariæ. Et quidem vere ſic dici rem accipientis, ut intelligatur ea, cuius dominium in accipientem tranſeat, notius eſt, quam ut de eo ambigi oporteat. *d. §. ſic itaque, Inſt. de act.* Quid ergo eſt? Ego qui videam in verbis Iuliani, quæ leguntur in *d. L. cum in corpus*, nullum locum relinqui tergiverſationi, ut negemus eum de eadem hac ſpecie, de qua agimus, exemplum proponere: qui intelligam præterea ſic illi conſtare rationem, cur in ea ſpecie velit dominium transferri, ut turpe ſit etiam, nec non indignum Ulpiano aliter ſentire: puto dandam eſſe operam, ut potius hic Ulpiani locus ad Iuliani illam ſententiam revocetur, & ex ea interpretationem accipiat, ſi fieri poteſt, quam contra ut vera nec obſcura Iuliani ſententia ex hoc loco commoveatur. Animadverto autem verba hæc Ulpiani *magiſque nummos non fieri accipientis*, eſſe ambigua. Significant enim proprie, quod ante dixi, nummos ita accipientis non fieri, ut dominium non transferatur. At poſſunt etiam ita accipi, ut ſignificetur eos accipientis non fieri perfecte, neque id ſine exemplo: ſic enim loquitur Africanus in *L. cum quis, §. qui hominem, infr. de ſol.* Sed & ita uſus eſt iuris, ut re vera & effectu non videatur cuiuſquam fieri, aut ad aliquem pervenire, quod non eſt manſurum, quodque aliquo modo poteſt avocari. *L. aliud eſt capere, infr. de ver. ſig.* Hoc poſterius ſi accipimus, omnia hic bene ſe habent. Nam & ſententia vitio caret, & quæſtioni probe convenit, nec minus uterque locus retinetur. Proinde hoc accipiemus, ut in ambigua voce legis fieri debere præcipitur. *L. in ambigua, ſupr. de legib.* Recte igitur ita dicemus: fiunt in propoſito nummi accipientis, quia dominium in te transfertur: cum & ego ita tibi dem donationis gratia, ut tui fiant, & tu quaſi mutuos ſic accipias, ut & pariter fiant tui, etſi non ex donationis cauſſa, quod ut verum eſt, ita & Iuliani ſententiæ convenit. At rurſum ſi effectum huius translationis ſpectamus, magis eſt, ſeu verius eſt eos accipientis non fieri, quia non perfecte fiunt; poſſunt enim condici, ſive exſtent, ſive ſint conſumpti. Quod enim ſubiicit, ſi nummos conſumpſerit is qui accepit, licet condictione teneatur, tamen eum exceptione doli uti poſſe: non ſignificat, ſi eos nondum conſumpſerit, eum condictione eo nomine non teneri; ſed ſic teneri, ut eo caſu nullam exceptionem habeat. Quæ ſit hæc condictio, ſupra ſuo loco expoſuimus. Atque hæc de dominio nummorum ſatis: de quo plura alias opportunius.

Ad L.

Ad L. Non omnis. 19.

Iulianus lib. 10. Digest.

Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quoties idipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam & is, qui pecuniam mortis caussa donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si extitisset casus, in quem obligatio collata fuisset: veluti si donator convaluisset: aut is qui accipiebat, prior decessisset. Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret: quandiu in pendenti esset, an id futurum esset: cessabit obligatio. Cum vero certum esse cepisset, futurum id non esse: obligabitur, qui accepisset: veluti si Titio X. dedero, ut Stichum intra Calendas manumittat, ante Calendas nullam actionem habeo, post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

SUMMARIUM.

1. *Obligatio nulla ex negotio gesto sine consensu, quem intelligi quovis modo ad obligationem satis.*

CUM de mutuo agitur, ut hoc titulo, & de eo contrahendo quæritur, apposite traditur, quod initio huius loci legimus, tum demum numerationem obligare eum qui accepit, cum id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Quod declaratur, quod mutuum dicitur re contrahi, & numeratione constare, non sic dici, quasi sufficiat pecuniam numerasse, ut ea numeratione velut ex mutui caussa obligetur; sed accedere oportere etiam conventionem, qua id agatur, ut qui accipit, obligetur. Quippe ut sæpe iam ante diximus, in re quæ inter aliquos geritur, non est obligatio, nisi ex contractu: nec ullos contractus est, qui non habeat in se conventionem, idest, consensum & placitum in hoc, ut fiat quod volumus, idest, ut alter alteri obligetur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* Non necesse est id aperte convenire. Satis est aut ex natura eius rei quæ nominatur, intelligi: veluti si detur pecunia mutuo, vel mortis caussa; aut intelligi ex caussa vel fine dandi: ut cum quid tanquam debitum solvitur, quod est indebitum, unde indebiti condictio tanquam ex negotio gesto; *L. si in area, infr. de cond. ind.* aut quid dator ob caussam nulla expressa repetendi conditione: unde condictio ob caussam caussa non secuta velut ex conventione. *L. si extraneus, infr. de condict. caus. dat.* Quominus autem dubitetur de definitione, Iulianus eam exemplis probat, donationis caussa mortis, & rei ob caussam datæ. *Qui mortis caussa pecuniam donat*, inquit, *numerat pecuniam; sed non aliter obligat accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset:* idest, is casus, quo actum est, ut pecunia redderetur. Ex natura autem mortis caussa donationis tribus casibus tacite id agi intelligitur: si donator convaluerit; si eum pœnituerit; si donatarius prius decesserit; ac totidem casibus donati condictio est. *Inst. de don. in pr. L. senatus, §. donatio, infr. de mor. cau. don.* Extra hos casus constat pecuniam donatam repeti non posse. Cur, cum sit numerata? quia ut his redderetur, actum non est. Sed etsi pecuniam dedero Titio, ut quid faceret, puta *decem, ut Stichum intra Calendas manumitteret: ante Calendas*, inquit, *nullam actionem habebo*, etsi pecuniam numeravi: scilicet quia id actum non fuit: *post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit*. Quod ait ante Calendas nullam me actionem habere, sic accipiendum est, servi non manumissi nomine, in id nimirum quod interest: nam pecuniam datam condicere possum, si me pœniteat. *L.* 3. vers. *quid si ita dedi. L.* 5. *in pr. infr. de cond. cau. da.* Cæterum eius quod interest nomine ob servum non manumissum, de quo quæritur, ita nullam habeo actionem intra Calendas, ut quamvis constiterit intra Calendas manumitti non posse, quia decesserit; tamen ante Calendas eo nomine agi non possit, *L. in illa*, 8. *infr. de ver. obl.* Itaque quod prius dixerat, *cum certum esse cæpisset futurum id non esse*, quod fieri debuit,

buit, de eo facto dictum est, de quo ut fieret sine præfinitione temporis convenit: ut illa verba præcedentia indicant; & *cum pecunia daretur, ut aliquid fieret*. Quod ait post Calendas me posse tecum agere, si Stichus manumissus non fuerit: ideo generaliter & sine exceptione recte dicitur, quia de Sticho agitur, quem ego tibi manumissionis caussa non dedi. Pecuniam enim dedi, ut Stichum manumitteres, qui aut tuus tum erat, aut postea futurus erat; non autem Stichum ipsum, ut eum manumitteres. Quod posterius si factum esset, ideo post Calendas tecum agere omnino non possem, quia sive servum manumisisses, satisfecisses obligationi: sive non manumisisses, tamen Stichus ipso iure ad libertatem perveniret, atque ita fieret, ne quid interesset mea, *L. 3. L. ult. C. si man. ita fue. alien.*

Ad §. Si pupillus,

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi caussa dederit: consumpta pecunia condictionem habet, vel liberatur, non alia ratione, quam quia facto eius intelligitur ad eum, qui accepit, pervenisse.

Quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit: consumpta ea, & ipse obligatur pupillo, vel eum a se liberat, & eum qui crediderit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi caussa dat, consumpta ea, habet obligatum eum, qui accepit. Item qui in solutum dedit, liberatur ab eo, qui accepit.

SUMMARIA.

1. *Consumptis nummis qui sine obligatione dati erant, consumptionem pro dominii translatione esse, & cur.*
2. *Consumptam pecuniam non videri, quæ casu periit: eoque & danti perire, etsi pupillus dederit.*

ET hoc loco, quæ vis sit consumptionis in pecunia alii numerata, cuius dominium in accipientem non transfertur, ostenditur itidem, ut in *L. rogasti, §. ult. & L. si filiusfa. supr.* Summa est:
1 † Quod pecuniam numeranti præstat eius pecuniæ translatio in accipientem, hoc item & pecunia ab initio non translata præstat eius pecuniæ consumptio. Ut puta, si pecuniam meam tibi mutuam dem, tu mihi ex mutui caussa obligaris. Item si pecuniam meam creditori solvam, liberor. Quod si alienam mutuam dedero, mutuam non facio; quia mutuum hoc exigit, ut res fiat accipientis. *Inst. quib. mo. re cont. obl. L. 2. §. appellata, supr. eod.* Similiter nec si alienam solutionis caussa dedero, liberor, quia accipientis non facio. *L. cum quis, §. qui hominem, L. qui decem, §. pen. infr. de sol.* Sed hæc in pecunia aliena ita sunt, quandiu nummi exstant. His consumptis, & accipientem mihi obligo, si mutuos dedi; & liberor a creditore, si solvi: quod hic positum est in extremo. Quod in pecunia aliena numerata dicitur, valet & in ea, quæ fuit dantis, si is pecuniæ alienationem non habuit: quod declarat Iulianus hoc loco in principio, exemplo pupilli. Is quamvis pecuniæ suæ dominus sit; tamen eam alienare non potest, quia ius interdicit alienationem. Ideo nec mutuam dando facit mutuam; nec eam solvendo liberatur. *§. nunc admonendi, Institut. quib. al. lic. vel non.* Si tamen nummi consumpti sint, siquidem mutuos dederat, condictio illi nascitur: si dederat in solutum, a creditore suo liberatur. Quod sic intelligendum est, si modo vere debuerit, idest, & natura & civiliter: nam si iure civili non debuit, quamvis natura sit obligatus; si solvit, repetit. *L. interdum, infr. de con. ind.* Quæ res argumento est illum hoc casu non liberari. Non enim potest repetere solutum, qui liberatur. *L. si non sortem, §. pen. infr. de cond. ind.* His consequens est, quod Iulianus in *vers. quapropter*, intelligi voluit. Si is nimirum qui pecuniam a pupillo in creditum vel in solutum accepit, eam porro alii in creditum vel in solutum dederit; consumpta ea, eodem tempore eventurum, ut quem-admo-

admodum hic duo sunt, qui pecuniam alienam, aut certe alienæ similem dederunt, pupillus, & qui ab eo primo loco accepit: ita & ad duos illos eius consumptionis fructus is, quem diximus, pariter redeat, quod ita futurum est, ut Iulianus scribit. Ut enim qui a pupillo accepit, vel statim ei obligatur, si accepit mutuo, vel si accepit in solutum, statim eum a se liberat, isque pecuniæ consumptæ in persona pupilli, qui dederat, effectus est: ita huic ipsi qui a pupillo acceperat, eodem modo se res habet adversus eum, cui & ipse postea dedit: scilicet ut vel eum sibi obligatum habeat, si quidem mutuo dedit, vel ab eo liberetur, si dedit in solutum. Quoniam autem absurdum videri poterat dici, pecunia non translata, accipientem obligari, cum in mutuo de meo tuum fieri oporteat: item pecunia aliena soluta liberari debitorem, cum hac solutione nihil ad creditorem perveniat, quia non fit mansurum: *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Ideo statim initio velut huic dubitationi occurrens rationem reddidit, quæ facile ostenderet nihil horum in proposito esse metuendum. Quippe, inquit, consumpta pecunia videtur facto eius qui dedit, ad eum qui accepit, pervenisse: idest, eius facta esse: ut consequens sit quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem & consumptæ quasi translatæ esse debere. De qua ratione plura ad *L. rogasti, §. ult. in extremo, supr.* ubi & quid sit consumere, & quando pecunia consumpta intelligatur, atque adeo de genere toto consumptionis diximus.

2 † Illud hoc loco in quæstionem vocari potest, verumne sit, quod illic generaliter definivimus, pecuniam ab accipiente consumptam non videri, quæ casu apud eum perierit, & num etiam in pupillo, de quo agimus, probandum sit. Id enim si fit, dicendum erit in specie proposita, si pupillus pecuniam vel crediderit alii, vel in solutum dederit: neque illi ex crediti caussa condictionem, neque ex solutionis caussa liberationem acquiri, si is qui acceperat, casu pecuniam amiserit: ut sic pecunia pereat pupillo, non ei qui accepit: quod videri potest iniquum. Sed cum hoc loco etiam in persona pupilli, qui pecuniam dedit, & condictio & liberatio ei contingere dicatur pecunia consumpta; & ratio utriusque acquisitionis in eo sit, quod consumptione intelligatur pecunia ad accipientem pervenisse: satis & consumendi verbo, & superiore ratione docemur, pecunia casu amissa, nihil eorum quæ supra scripta sunt, pupillo acquiri, omninoque pecuniam ei perire. Non enim consumit, qui rem ne attingit quidem: nec potest dici pecunia ad eum pervenisse, quæ priusquam perveniret, periit. Qua in sententia facile confirmabimur, si cogitabimus pecuniam a pupillo datam pupilli mansisse, ut qui eam alienare non potuerit. Ius autem ita esse, ut res sua domino pereat. *L. pignus, C. de pig. act.* Occurrit tamen ratio Accursio ex adverso. Ait enim in hunc locum, secundum hanc sententiam futurum, ut deterior sit conditio pupilli in pecunia ab eo data, quam maioris, hunc enim constat, si pecuniam suam dederit, statim condictionem habere, quamvis pecunia apud accipientem casu perierit. *§. item is, Inst. quib. mod. re con. obl.* Ille autem iniquissimum putat non idem in pupillo statui: quo tamen nihil est æquius. Propriis enim rationibus sic constituitur utrumque, ut illis positis non aliud in utriusque persona recipi potuerit. Nam minor annis cum pecuniam suam mutuam dat, aut solvit, etiam dominium transfert: quia ut pecuniæ dominus fuit, sic & rei suæ habuit alienationem, & præterea voluit transferre. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* At pupillus quia pecuniæ alienandæ ius non habuit, eam tradendo nihil agit, nec minus rei dominus manet, quam ante fuerat. His positis illa sunt consequentia, ut & pecunia translata periculum in accipientem transeat: & non translata, periculum eiusdem sit, cuius & ante fuerat: ut utrobique illud valeat, rem domino perire. *L. certi, in fin. supr. eod. t. L. pignus, C. de pig. act.*

Ad L.

Ad L. Si tibi pecuniam. 20.

Idem lib. 18. Digeſt.

Si tibi pecuniam donaſſem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in huiuſmodi propoſitionibus non propriis verbis nos uti. Nam talem contractum neque donationem eſſe, neque pecuniam creditam. Donationem non eſſe, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non eſſe, quia exolvendi cauſſa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam. Magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum; benignius tamen eſt utrumque valere.

S U M M A R I A.

1. *Exſolvendi cauſſa quod datur, non dari alterius obligandi. & num.* 3.
2. 4. *Exſolvendi ſui cauſſa quem dare poſſe pecuniam, & ſimul, ut ſit mutua, & num.* 4.
3. *Donatio in propoſito, & mutuum quam recte ex benignitate defendatur.*

DOnavi tibi pecuniam ea lege, ut mihi eandem crederes, ideſt, ut eſt creditæ pecuniæ ſpecialis appellatio, mutuam dares: crediditſti. Quæritur, an fiat mutua: ut ſic tibi ex cauſſa mutui obliger, tu eam poſſis condicere. Iulianus ut maxime oſtenderet non fieri mutuam, id quod quæſitum erat, & de donatione, & de mutuo reſpondet: quia ex donatione quoque pendet, an ſit mutuum. Ait igitur, ſi proprietatem verborum ſequi volumus, talem contractum nec donationem eſſe, nec mutuum. Donationem non eſſe probat ex definitione. Si quidem donare eſt dare ea mente, ut datum omni modo penes accipientem maneat: *L. 1. infr. de donat.* quod hic non ſit, ubi pecuniam ita tibi do, ne maneat apud te, ſed ex crediti cauſſa ſtatim ad me redeat: nam in mutuo id agitur, ut de tuo meum fiat. *L. 2. §. appellata, ſupr.* Creditam ſeu mutuam pecuniam non fieri ſeparatim probat propria ratione: *quia*, inquit, *exſolvendi cauſſa magis* mihi abs te *daretur, quam alterius obligandi*. Ratio eſt ex fine omnium contractuum ducta. Certi enim iuris eſt nullam obligationem contrahi, ubi non id agitur, ut obligatio naſcatur. *L. non omnis, in pr. ſup.* Negat autem, cum tu mihi pecuniam mutuam das ex ſopra ſcripta conventione, pecuniam dari mei obligandi cauſſa. Probat hoc ipſo, quod *exſolvendi cauſſa* mihi abs te detur. Quod cum dicit, duo complectitur: nam primum hoc ponit, quod exſolvendi cauſſa detur, non dari alterius obligandi. Deinde hoc ſumit, te mihi in propoſito pecuniam dare exſolvendi gratia. Quorum de priore dubitari poteſt. Quæritur enim, quid vetet, quominus illa concurrant. Poſterius etiam poteſt merito falſum videri: nam quomodo exſolvendi cauſſa dare dicendus es, ubi conſtat nominatim te dare mutui cauſſa? Sed recte utrumque Iulianus. † Nam quod ad fines dandi attinet, aperte contrarii fines ſunt ſolvendi, 1
& alterius obligandi: cum qui ſolvit, hoc animo ſit, ne quod dedit, repetat, neve quem ſibi obliget: *L. ſi non ſortem, §. pen. infr. de cond. ind.* quo ſit, ut uno fine poſito, alter tollatur. † Quod autem 2
ait te mihi pecuniam dare *exſolvendi cauſſa*, non eo minus verum eſt, quod mihi das cauſſa mutui. Sic enim das mutuo, ut huius ipſius mutui dandi cauſſa ſit, ut te liberes: convenerat enim, ut eandem pecuniam mihi mutuam dares: ſuitque conventio eiuſmodi, quæ obligationem & actionem pareret, cum in traditione rei meæ fuerit interpoſita. *L. in traditionibus, ſupr. de pact. L. legem, C. eod.* Quapropter ſi ex conventione mihi das mutuam, apparet te ideo facere, ut ſolvas, quod ex ea cauſſa facere te oportebat, teque ea obligatione liberes. Semper autem in contractibus cuiuſque contractus initium ſpectare debemus & cauſſam. *L. ſi procuratorem, in pr. infr. mand.* Hac ratione conſtituta colligit in propoſito pecuniam quam mihi dederis, non fore mutuam. Sed ita colligit, ut oſtendat non magis ſe id efficere ex hac proxima ratio-

tione, quam ex eo, quod prius statuit in hac specie donationem non esse. Idque est, quod ait: igitur pecuniam non fore mutuam: magis enim meam accepisse intelligi debeo. Si meam accepi, recte colligit etiam hoc ipso non fieri mutuam: non enim minus ad mutuum contrahendum opus est, ut pecunia quæ datur, sit dantis, & ille dominium transferat, quam ut ita detur, quo is qui accipit, obligetur. *L. 2. §. ult. supr.* Non est autem tua, si eam tibi ita donavi, ut statim eandem mihi crederes, & donatio nulla est, ut hic nullam esse diximus: nuda enim traditio dominium transferre non solet, sed ita, si iusta aliqua caussa præcesserit. *L. nunquam, infr. de acq. rer. dom.* Itaque quod ait, cum eam pecuniam ita tibi donatam mihi mutuam das, magis me meum accepisse videri: hic meum proprie dixit, quod vere meum esset nunquam prius in te translatum, non autem quod mihi fuit debitum, ut Accursius interpretatur. *Sed hæc ita sunt*, inquit Iulianus, *si proprietatem & subtilitatem*
3 *verborum sequimur.* † *Benignius tamen est utrumque valere.* Sed cur benignius? an quod quamvis neque donatio hic sit, neque mutuum; tamen utrumque subesse existimandum est; quia ut illa essent inter contrahentes placuit, ut sic voluntas eorum conservetur? Minime. Alioqui quavis conventione efficietur donatio, efficietur mutuum; quod non ita est, certam enim hæc naturam habent iure constitutam; hanc conventionem mutare non licet. Ideo alienam pecuniam dando, mutuam non facio; quantumvis convenerit, ut esset mutua: quia mutui natura hæc est, ut de meo tuum fieri oporteat. *L. rogasti, § ult. L. nam etsi, supr. eod.* Similiter, si tibi decem mutua dederim, frustra paciscor ut reddas undecim; quia mutuum natura sua re contrahitur; re autem obligatio non potest contrahi, nisi quatenus datum est. *L. rogasti, §. si tibi, supr. eod, L. si tibi, supr. de pac.* neque ulla benignitas facit, ut ubi re ipsa mutuum non sit, ibi propter conventiones supra scriptas inter contrahentes admittatur. Dicendum est igitur vere hic donationem esse, & vere mutuum: sed ut ita existimetur, benignitate interpretationis fieri, non subtilitate verborum. Quod si recte explicamus, simul ad ea, quæ supra contra disputata sunt, quid respondeamus, intelligetur. Ergo in rebus transferendis ius ita est, ut non intelligatur donatum, ac ne datum quidem, quod ita dedi, ut statim ad me rediret. *L. 1. infr. de don. L. qui sic, infr. de sol.* & generaliter, quod traditur, ita dari intelligitur, si est mansurum. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Secundum hæc ne pecunia quidem tibi a me donata dicenda est, de qua ita convenit, ut eandem statim mihi mutuam dares. Nam & mutuo maxime efficitur, ut ad me revertatur, cum etsi vere tuam mihi dares mutuo, eam hoc modo omnino meam faceres. Et hoc subtilitas verborum eius iuris exigit; verba enim generaliter scripta sunt. Sed benignitatis & æquitatis ratio postulat, quod dicitur si pecuniam tibi dem, ut statim ad me redeat, pecuniam non alienari, nec in te transferri; id ita accipi, si dem ut ad me vere & cum effectu redeat. Aliter si convenerit, ut rediret ex ea caussa, ex qua effectu nec a te recessisse, nec ad me rediisse videatur; quandoquidem rem omnem non ex eo quod videtur, sed ex effectu suo æstimare debemus. *L. si per alium, §. 1. supr. ne quis eum, qui in ius vocand. est.* Atqui ex hac conventione, ut eandem pecuniam mihi mutuam des, potestate mutui hoc evenit, ut cum pecuniam ex ea caussa mihi dederis, effectu ipso non videatur pecunia aut ad me rediisse, aut a te recessisse. Ad me rediisse non videtur, quia eam tibi reddere debeo; & id cuique abesse videtur, in quo alteri obligatus est, *L. si quis mandatu, supr. de neg. gest.* Sed nec videtur a te recessisse; quoniam eam a me repetere potes, cum voles; is autem rem habere videtur, qui ad eam recuperandam actionem habet. *L. is qui actionem, infr. de reg. iur.* Itaque superiore conventione interposita huc res redit, quasi sine ulla conventione pecuniæ mihi reddendæ ego tibi eam donassem: quod si factum esset, nemo dubitaret, quin esset, donatio. In summa multum interest, utrum simpliciter dem tibi pecuniam, ut statim mihi eam reddas nulla caussa adiecta, cur reddas: an vero dem ea lege, ut reddas quidem, sed ita ut des mihi mutuam. Illic neque donatio est, neque adeo dominium transfertur: *d. L. qui sic, de solution.* quia translatio est inutilis. Idemque hic accidit, quod in eo legato, cum debitor creditori suo, quod debet, legat: ubi legatum nullius momenti esse placet, si nihil plus sit in legato, quam in debito: quia nullam utilitatem affert legatario. *§. ex contrario, Inst. de legat.* At cum id agitur, ut mihi eandem pecuniam des mutui nomine, vi ipsa quodammodo semper pecunia penes te manere intelligitur. Dominium quidem certe non eo

minus

minus in te transtulisse videri debeo, quia tibi dedi supra scripta lege; cum is vere sit dominus, ad quem dominii fructus iure pertinet. Pertinet autem ad te hoc ipso, quod eam pecuniam postea mutuam dando, mutuum contrahis, & tibi eo nomine condictionem acquiris, qui pecuniæ solum nostræ fructus est: quoniam alienam dando mutuam non faceremus. Qua ratione dictum est in *L. qui id quod*, §. 1. *infr. de donat.* in specie proposita non impediri dominii translationem. Si pecunia quam tibi ea lege donavi, tua facta est; consequens est, quod ibidem significatur, iisdem nummis mihi a te creditis, mutuum contrahi, quia novum dominium in his mihi quæritur. Nempe hoc desiderabatur ad mutuum, ut pecuniam tuam mihi dares, ut sic de tuo meum fieret. *L. 2. §. appellata, supr. eod.* hoc autem contigit, si pecunia vere tua prius facta est, ut factam esse effectum est. Quod quoniam benignitate interpretationis defendi diximus; ideo Iulianus hanc benignitatem ut ad donationem, sic ad mutuum quod inde pendet, recte retulit, ut diceret benignius esse utrumque in proposito valere. Nam cur de animo obligationis contrahendæ in hac specie mutui dubitetur, nihil est; cum nominatim iuxta conventionem mihi eam pecuniam des

4 mutui caussa. † Sed obstat, quod exsolvendi caussa mihi das, ut prius scripsit Iulianus, nempe ut ea obligatione, qua ex facto tenebare, te liberes; natura autem non patitur, ut simul & solvendi, & eius cui solvitur, obligandi caussa quid detur. Et poteramus statim hoc respondere, quod est in *L. in numerationibus, infr. de solution.* non esse novum, ut una præstatio ad duas caussas proficiat, ad solutionem præteriti temporis, & ad futuri obligationem; Nam cum testator pecuniæ usumfructum legat, heres pecuniam legatario dando, eadem numeratione & liberatur actione ex testamento, & obligat sibi legatarium, ut finito usufructu pecuniam restituat. Item si damnatus fuerit heres alicui vendere rem hereditariam, vel locare, is vendendo vel locando & liberatur ex testamento, & obligat sibi legatarium. Non alia porro conditio est obligationis huius, cum tu mihi ad pecuniam mutuo dandam ex conventione obligaris. Proinde quod in superioribus caussis recipitur, hoc idem & in hac evenire oportet, ut tu mihi pecuniam mutuam dando, una liberatione & libereris actione in personam, & me tibi ex ea caussa obliges. Sed hæc responsio obiectionem non diluit. Exempla enim hæc tantum sunt, huic de quo agitur similia.

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

Dici enim potest, non magis in illis superioribus, quam in specie proposita recipi potuisse, ut quod solvendi caussa datur, quatenus solvitur, id accipientem obliget, quia hæc sunt pugnantia. Et omnino ita res habet, ut id neque ius, neque natura rei patiatur; quod enim solvitur, debetur: quod debitum solutum est, ut non hoc animo datur, ut repetatur, ita iure certo, quod naturam rei sequitur, repeti non potest, nec quidquam eo nomine, *L. 1. L. si non sortem, §. si decem, infr. de cond. ind. L. qui hominem, §. ultim. infr. de solut.* Quid ergo est? fatendum est quod solvitur, nunquam dari alterius obligandi caussa, aut etiam alterum obligare posse. Sed nihil sit adversus hanc sententiam, si in his caussis eandem numerationem dicimus & ad solutionem prodesse, & ad obligationem. Intelligendum est enim in his duas res esse distinctas, eam quæ solvitur, & eam quæ in obligationem deducitur; & quæ solvitur, nunquam solvendi caussa ita dari, ut detur accipientis obligandi caussa: & contra quæ ad alium obligandum datur, nunquam dari solvendi caussa; ut semper verum sit nunquam in eandem rem concurrere duo hæc, ut quid solvatur alicui, & simul detur eius obligandi gratia. Sit exempli gratia mutuum quod mihi dare debeas: (nam quod de una specie dicetur, licet idem intelligere de cæteris.) Quod in hac caussa solvitur, est id, quod mihi a te debetur: debetur autem mihi a te non pecunia, alioqui solutam nunquam repeteres; sed hoc solum, ut mecum mutuum contrahas, seu officium & voluntas mutui mecum contrahendi. Quod autem in obligationem mutui a te deducitur, pecunia est, quæ mihi eo nomine a te datur, ut eam ex ea caussa tibi debeam. Etsi cum pecuniam mihi mutuam das iuxta conventionem, horum utrumque concurrit, ut & mihi officium præstes quod debebas, & me vicissim eo nomine obliges; tamen sic hæc concurrunt in eandem numerationem, ut res maxime diversæ sint; & quidem ita, ut quod in his solvendi caussa mihi a te præstatur, nunquam in eo quidquam facias mei obligandi caussa, aut omnino me tibi eo nomine obliges; & contra quod in mutui caussam deducitur, ut tibi debeam, nunquam detur solvendi gratia,

Nam

Nam officium illud contrahendi, quod mecum contrahendo præstas, tale est, ut cum solveris, nonquam eius utilitas repetatur, aut quidquam eius nomine: cum tu id debitum solveris. Pecunia autem ipsa quam mihi dedisti mutuam, est eiusmodi, ut cum mihi eam dederis obligandi mei caussa, non possit intelligi mihi abs te data solvendi gratia: qui eam prius non debueris, sed solum eius mutuationem. Quæ si ita sunt: quod in proposita specie mutui est aliquid, quod mihi a te solvendi caussa præstetur: dicendum est id non facere, quominus pecunia quæ mihi a te datur, ex conventione fiat mutua, postquam hæc non datur solvendi caussa, sed solum, ut me tibi eo nomine obliges. Quapropter quod in ea specie conventionem mutui esse dicimus, iure ipso fieri existimandum est, non benigna interpretatione. Dixi supra in omni contractu cuiusque contractus initium spectandum esse & caussam. *L. si procuratorem, in pr. infr. mand.* Sed si vera sunt, quæ ante diximus, id ipsum & in hac specie plane servatur: non enim hic pecunia datur mihi a te mutua, ut eam mihi solvas, sed solum ut me obliges. Quod solvis: est illud officium mecum contrahendi, quod ex conventione mihi præstare debebas, non pecunia. Ita eius officii præstandi unicus finis est, ut te liberes: pecuniæ mutuæ quatenus mutuo datur, unicus finis & caussa, ut beneficio a me accepto mihi pecuniam reddere debeas: ut consequens sit etiam hac caussa inspecta mutuum & mutui obligationem in proposito admitti debere.

Ad L. Quidam existimaverunt. 21.

Idem lib. 48. Digest.

Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua persequi: neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi. Sed in utraque caussa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offertur: cum ad officium eius pertineat lites diminuere.

S U M M A R I A.

1. *Species & quæstio huius loci, eiusque occasio constituitur.*
2. *Partem oblatam post litem contestatam accipere actor cogi non potest.*
3. Petere *verbum.*
4. *Quæstio, & responsi summa.*
5. *Obiectiones adversus Iuliani sententiam pro sententia dissentientium; quæ & diluuntur.*
6. *Ad oblatam accipiendum compelli actorem, quomodo accipiendum.*
7. *Oblatam partem recusante actore accipere, quæ sit pœna.*
8. *Ad officium prætoris pertinere lites deminuere, quomodo intelligendum, & quod eius officium.*
9. Reddere ius *cur dictum pro* ius dicere.
10. *Ratio Iuliani exposita.*
11. *Oblatæ partis actio dari creditori non debet, & quibus de caussis.*
12. *Sententiæ responsi summa plenius exposita.*
13. *In eum qui in iure totum confitetur, nullam esse actionem, etiam si partem tantam repræsentet.*
14. *Partem debiti oblatam licet creditori recusare impune, & sine mora: idque etsi debitor partem tantum oblatam se debere fateatur.*
15. *Alciati sententia de cogendo creditore partem debiti oblatam accipere refutata.*
16. *Pecuniam recipere partis præstationem, quid sit.*
17. *Heredem ex persona conditionem obligationis non immutari, quid sit.*
18. *Partis solutionem quibus in caussis admittere cogatur creditor.*

1 SI creditori † decem apud magistratum petenti, & de his iudicio agere volenti debitor offerat, quod petitur, id est, fateatur se id debere, paratumque dicat solvere, ne iudicium in se reddatur: convenit inter omnes eum audiendum esse, denegandasque in eum actiones, & spatium postulanti dandum ad solvendum, quod iudicatis dari solet. *L. si debitor, infr. de solut. L. si debitori, sup. de iud.* Hinc quæsitum, si debitor partem tantum offerat eius, quod petitur, reliquum se debere neget; an hic quoque hoc ei tribuendum sit, ut in eam partem quæ offertur, denegetur eadem creditori actio, ut hanc creditor accipere cogatur sine iudicio, reliquum si velit, possit tantum iudicio persequi; an vero creditori permitten-

tendum ſit hanc diviſionem recuſare, eoque & totum iudicio petere, ut inſtituerat. Quæ huius loci ſpecies & quæſtio eſt ex priore illo iure nata: quæ tamen quia a nonnullis in dubitationem vocatur, nec eſt ex verbis ſatis expedita, prius nobis conſtituenda videtur. Agitur ergo hic de creditore, qui ante litem conteſtatam apud magiſtratum quid petat, cui reus offerat tantum partem eius quod petitur, de qua & iudicium in ſe dari recuſet, reliquum neget ſe præſtare debere, ut de eo petitor agat ſi velit, ſed de eo duntaxat. Hæc mecum ſic colligantur. Primum ut intelligamus hic litem conteſtatam eſſe de eo quod petebatur, cuius deinde partem poſt litem conteſtatam reus offerat, ut quidam faciunt, neque verbis convenit, neque ratio iuris patitur. Ait Iulianus compellendum actorem ad accipiendum quod offertur, ſed compellendum a prætore: ut intelligamus, compellendum officio prætoris. Hoc verbo officium iudicis excluditur: ubique enim hæc ſeparantur, ut in diviſione illa nota ſtipulationum, quarum aliæ dicuntur prætoriæ, aliæ iudiciales; aliæ communes, aliæ conventionales, quod quamobrem fiat, docuimus ad *L. 5. infr.*
2 *de verb. ob.* † Iuris autem ratio facit, ut nullæ ſint partes, nulla poteſtas iudicis poſt litem conteſtatam ad cogendum actorem accipere partem oblatam eius quod petitur. Aut enim iudex in eam partem reum condemnabit, aut quia offertur, eo nomine abſolvet: nam horum alterum in ſententiam facere debet iudex: *L. 1. infr. de re iud.* nec ante ſententiam exſecutioni alii locus eſt. *L. 1. C. de exc. rei iud.* Dici poteſt iudicem fruſtra condemnare reum, qui ultro in iure de pecunia confitetur, eoque & iure pro condemnato habetur. *L. 1. infr. de confeſ.* Sed quamvis poſſit eum condemnare; tamen condemnatio ad eum accipere cogendum plane ſit inutilis: non enim magis cogitur creditor a debitore condemnato accipere, quam a confeſſo: cum & condemnatio, & confeſſio pro creditore conſtituta ſit; liceat autem unicuique contemnere ea, quæ pro ſe introducta ſunt. *L. ſi iudex, ſupr. de minor. L. pen. C. de pac.* Abſolvere autem reum iudex de ea parte non poteſt. Si enim de ea abſolvit, & iudicium de altera parte controverſa perſeverat, ut neceſſe eſt: eveniet, ut ex uno iudicio res iudicata in partem valeat, in partem non valeat, id vero ius non concedit. *L. in hoc iudicio, ſupr. fam. erc.* Sed etſi liceat ex eodem iudicio in unam partem ſententiam ferre, in alteram non ferre; tamen in propoſito de parte oblata non liceret reum abſolvere. Nunquam enim ante rem iudicatam is cum quo actum eſt, aut de parte aut de toto abſolvi officio iudicis debet eo nomine, quod rem in iudicium deductam vel ſolvit, vel offert, niſi eo nomine ſatisfaciat actori, *§. ult. Inſt. de per. & temp. act.* Is ſatisfacit, qui actorem contentum reddit. *L. 1. ſup. qui ſat. cog.* quod fit, dum ille admittit, quod offertur; hic autem partem oblatam creditor repudiat. † Neque nos moverit, 3
quod Iulianus nominatim rem proponit de eo, qui decem peteret. Quod enim traditur in *L. amplius, infr. rem rat. hab.* eum qui nondum litem conteſtatus eſt, non petere, ſed petere velle: tunc locum habet, cum de effectu petendi cogitatum eſt, ut fit, cum inter aliquos convenit, ne creditor a debitore peteret. Diverſum eſt, cum verbum petendi ad id, quod ab actore dicitur, refertur: ſecundum quod is dicitur petere, qui ſe petere dicit, & ſibi dari oportere intendit. Ut fit hoc loco, ubi pro his verbis, *neque eum qui decem peteret*, ſubiicitur poſtea, *neque eum qui fundum ſuum diceret*. Atque hoc ſenſu verbum petendi in hac quæſtione uſurpari pluſquam manifeſtum eſt ex illa definitione *L. ſi debitor, infr. de ſolut.* ſi debitor offerret pecuniam quæ petitur, prætor creditori denegat actiones: quod niſi ante litem conteſtatam fieri non poteſt. De tempore igitur, quod litem conteſtatam antecedit, omnem hic quæſtionem eſſe, dubitari non oportet. Quod dixi in ſuperiore petitione debitorem negare ſe debere quinque, de aliis quinque confiteri: non exprimitur quidem hoc loco; ſed ſatis ex eo intelligitur, quod dicitur creditor ex his decem cogendum quinque accipere, & reliqua poſſe perſequi. Non enim poteſt iudicio perſequi reliqua quinque, niſi adverſus inficiantem: quoniam in confitentes nullæ ſint partes iudicantis. *L. proinde, 25. §. ult. ſupr. ad leg. Aq.* Quod dixi in hac inficiatione debitoris ita creditorem ſe inſtituere, ut velit non illa tantum quinque, de quibus controverſia eſt, ſed etiam illa altera quæ offeruntur, atque ita in totum decem perſequi: apertius intelligitur ex reſponſo, quam ut de eo poſſit recte dubitari. Reſpondetur enim de ſententia quorundam, non eſſe eum cogendum partem duntaxat iudicio perſequi: quod ſignificat licere ei tota decem perſequi, non partem tantum. Neque vero id reſpondetur, niſi quia de eo quæſitum erat, an id creditori facere liceret. Sed & Iulianus, cum repu-

repudiata hac sententia respondet cogendum esse creditorem partem duntaxat petere, declarat de eo fuisse controversiam, an totum liceret creditori petere, an partem tantum. Quod dixi creditorem, ut sibi totum persequi liceret, in iure apud prætorem postulare: ex eo liquet, quod Iulianus respondet in hac contentione prætoris partes esse, ut actorem compellat ad accipiendum, quod offertur. Non compellit prætor, nisi de eo apud eum contendatur. Specie huius loci constituta, re-
4 deo ad quæstionem; † An debitore partem eius quod petitur offerente, nihilominus recte postulet creditor de toto quod petit, sibi adversus eum actionem dari; an vero cogendus sit accipere quod offertur, & solum reliquum iudicio persequi, si quidem de eo velit agere. Respondet Iulianus, prius illud quosdam existimasse; posterius sibi magis probari, quia sit humanius. Ita fatetur prioribus illis non deesse iuris rationem; sed humanum esse ait, ut alterum potius sequamur. Quod quam recte dicatur, quoniam dicitur per comparationem, non potest nisi ex contentione
5 rationum utriusque partis intelligi. † Operæ pretium est igitur, quid illos alios moverit, ut diversum sentirent, ante omnia cognoscere, ut quam recte id deinde solvatur, opposita humanitatis ratione, intelligatur. Et summi iuris ratio postulare videbatur, ne cogatur actor dividere suam actionem, neve liceat reo eam pro parte suscipere, & pro parte a se removere; sed ut is aut totam a se depellat totum offerendo, aut si totum non offert, totam suscipere cogatur. Non enim hoc in hereditatibus solum valet, ut heres aut totam hereditatem habere debeat, aut nihil; *L. quidam, in fin. C. de iur. delib. L. 1. & 2. infr. de acq. her.* sed receptum est etiam in legatis, ut legatarius pro parte legatum acquirere, pro parte repudiare non possit, sed aut totum agnoscere, aut totum repudiare debeat. *L. legatarius, infr. de legat.* 1. Et ne in exemplis huius generis pluribus colligendis longiores simus, ita fere ius constitutum reperietur, ut cum de re & facto aliquo probando aut improbando agitur, si eius probandi aut improbandi facultas detur alicui, hæc illi conditio deferatur, ut aut totum comprobet, aut totum repudiet: ut autem pro parte probet, pro parte reiiciat, ubique hæc inconstantia improbetur, ut his locis confirmatur. *L. in caussa, in pr. supr. de proc. L. cum quæritur, in fin. infr. de adm. tut. L. si ita stipulatio, in fin. infr. de oper. liber. L. 6. in fin. cum L. seq. infr. de bon. lib.* Itaque quod alibi traditur creditori recusanti denegari actiones, si debitor offerat pecuniam, quæ petitur, *L. si debitor*, 30. *infr. de solut.* dici potest recte in eo admissum esse, qui tantam offert, quanta petitur: quia hoc modo totius summæ actionem a se removeat; sed hoc ad eum transferri non debere, qui partem offert duntaxat paratus de altera litigare: quia hic pro parte actionem recuset, pro parte in se admittat. Et hæc subtiliter disputari posse agnoscit Iulianus; *sed humanius esse ait, si prætor actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*, etiam in hac caussa, ubi pars ab eo offertur, qui alteram negando de ea iudicium suscipere paratus est. Ideo autem in hac caussa id sequi est humanius, quia in re quæ tota creditoris est, & ea ex commodo eius statuendum est, ut si ei nihil prosit in id quod offertur, actionem dari, & debitori id noceat, non debeat in tam iniqua postulatione huius actionis audiri. Talis autem hæc actio futura est, si eam dederimus. Sed de eo postea. Prius verba responsi expendenda sunt: sunt enim ita scripta, ut an id respondeat Iulianus, quod dixi, & an id ipsum quod respondet, recte confirmet, non facile quivis intelligat. Et omnino cum responsum eius, tum ratio ab eo subiecta singulari cautione indigent. Certe eiusmodi esse utrumque, quod minime perceptum sit ab interpretibus, ex his quæ dicturi sumus, spero, constabit.
† Primum de quæstione proposita respondet his verbis, compellendum actorem ad 6
accipiendum, quod offertur. Si uti simpliciter hoc scriptum est, ita accipitur, aperte falsum est: nec iuri civili tantum, sed etiam naturæ adversatur. Nam ut creditor accipiat, quod sibi offertur, agitur in eo solius eius utilitas & beneficium. Ius autem non patitur, ut invito beneficium detur. *L. invito, infr. de reg. iur.* ne quod pro eo comparatum est, adversus eum convertatur contra omnem benignitatis rationem. *L. nulla, sup. de legib.* Quid, quod nec natura patitur, ut quilquam invitus cogatur accipere? Quomodo enim cogemus, ut velit? atqui nemo accipit, nisi qui hoc animo sit, ut velit, etiamsi maxime ei invito in manu posuerimus. *L. 1. §. 1. infr. de acq. pos.* Et hoc omnes concedunt, falsum esse compellendum esse actorem ad accipiendum, quod offertur, si præcise dictum intelligimus: itaque necessitatem hic intelligendam esse non absolutam, sed cum adiuncto, ut sit sensus: compellendum esse auctorem ad accipiendum,

pœna

pœna proposita, nisi accipiat: qua ex re fiat, ut si hanc vitare vult, necesse habeat facere, quod iubetur. Quod & verum est: omninoque id ita accipiendum est, ut cum dicimus procuratorem actoris, si a reo conveniatur, compellendum esse actorem defendere. *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *supr. de procurat.* Etsi enim hoc ita alibi simpliciter dicitur: tamen in *L. invitus*, *§. pœna*, *supr. eod.* scriptum est, pœnam non defendentis procuratoris hanc esse, ut denegetur ei actio. Unde intelligimus dici eum compelli ad defendendum; sed ita, si velit non incidere in pœnam non defendentibus propositam, quæ est, ut denegetur eis actio.
7 † Sed quæritur, quæ sit hæc pœna, nisi actor partem accipiat, quæ offertur. Hoc vero recte statui cum ad sententiam huius loci præcipue pertineat, nec tamen expeditum sit: in primis animadvertendum est, de quo mihi cum vulgo interpretum non convenit. Illi volunt pœnam actoris non accipientis, quod offertur, hanc esse, ut periculum partis oblatæ in eum transeat, id est, ut si pars oblata postea perierit, ei pereat, non debitori: hac ratione, quia in parte oblata recipienda moram fecerit, ut qui sine caussa eam accipere recusarit; *arg. L. qui decem*, *infr. de solut.* Sed neque hæc sententia de periculo partis oblatæ adversus eum creditorem, qui eam accipere recuset, recipienda est: & si per se vera esset; tamen eiusmodi pœnam hoc loco intelligi, usque adeo a verbis & sententia responsi alienum est, ut nihil poterit fingi, non dico alienius, sed ineptius. Primum falsum est, creditorem qui partem oblatam accipere recuset, moram facere: etiam si debitor hanc solum, non totum quod petitur, fateatur se debere. De quo quia mihi constitutum est postea separatim dicere, huius rei probationem in eum locum reiiciemus. Interim placet hoc concedi, creditorem in specie proposita non sine mora recusare partem quæ offertur, ut sit recusationis hæc pœna, ut deinceps ea pars illius periculo sit. Attamen nihil hoc ad hunc locum: in quo quærimus pœnam, seu incommodum, non quod ipso iure imponatur, sed quo utatur magistratus ad actorem compellendum. Ait enim Iulianus, *humanius facturus videtur prætor*, *si actorem compulerit ad accipiendum*. Nihil hic de officio & compulsione magistratus cavendum erat, si res posita esset in sola iuris auctoritate pœnam recusationi iniungentis: sufficiebat enim dici compelli actorem accipere, quod offertur. Deinde quæstio posita est, an creditor possit etiam eam partem iudicio petere, quam debitor ultro offert. Secundum istorum sententiam Iulianus respondebit, nisi eam partem creditor accipiat, fore, ut postea ei pereat. Quid hoc ad quæstionem? Nihil enim prohibet, quominus res aliqua creditoris periculo esse incipiat, quia semel eam sine iusta caussa accipere recusarit, & tamen eandem postea iudicio petere possit: licet enim creditori postea petendo purgare moram. *L. illud*, *infr. de per. & com. rei vend.* Quam igitur pœnam hic intelligimus, quæ sit in manu magistratus: qua adhibita possit magistratus cogere actorem ad accipiendum, quod offertur? Si quid ad rem respondere volumus, hanc intelligere debemus, ut prætor actori deneget partis oblatæ actionem: ut sit sensus, humanius facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur, denegata ei eius partis actione. Sic enim & compellitur procurator ad defendendum eum, cuius nomine actionem sibi dari postulat, dum ei non defendenti actio denegatur, ut supra diximus ex *L. mutuas*, *§ pœna*, *supr. de proc.* Hoc vero instituto & quæstioni propositæ ita convenit, ut solum apposite ad quæstionem responderi potuerit. Quæsitum enim erat, an actor posset etiam eam partem, quæ offertur, iudicio persequi. Hoc responso fit, ut intelligamus eum non posse, quia scilicet prætor ei deneget actionem eius partis. Sed & hoc Iulianum sentire ratio ab eo subiecta evidenter probat. Ait enim, *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. Non deminuitur lis, si transferatur periculum oblatæ partis in actorem; sed si ei eius partis actio non detur, nec ei de ea parte litigare liceat. Hoc autem facto recte dicitur cogi actor accipere quod offertur: denegata enim in eam partem actione, non possit amplius eam iudicio auferre ab invito. Ita hoc restat, ut aut ei res amittatur, quam nunquam petet, aut cogatur eam a volente accipere. † Sequitur ratio 8
Iuliani, quæ & ipsa non minus animadvertenda est. *Humanius*, inquit, *faciet prætor*, *si actorem compulerit ad accipiendum*, *quod offertur*: *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. Quæ ratio euiusmodi sit, videamus. Hoc enim sentit Iulianus, pertinere ad officium prætoris lites deminuere, non eas sententia dirimendo, quod ad hunc locum non pertinet; sed actionem denegando, & ita efficiendo, ne lis sit de eo, quod petitur, ut sit in proposito in ea parte quæ offertur. Nisi vero diligenter cavemus, non ef-

fugiemus, quia hæc definitio & per se falsa sit, & quamvis vera esset, tamen ad id probandum quod præcedit, vitiosissime adhibeatur. Primum spectetur conceptio definitionis. *Ad officium prætoris*, inquit, *pertinet lites deminuere*. Simpliciter hoc scriptum est, & sine exceptione: quasi cum de lite instituenda agitur, prætoris hoc officium sit, actionem denegare: quod longe secus est. Prætoris omnisque magistratus officium est ius postulantibus reddere, eique uni rei magistratus constituti sunt. *L.* 2. *§. post originem, supr. de orig. iur.* Id non fit aliter, quam si prætor agere volenti actionem dederit, quo liceat cuique, iudicio constituto, de iure suo experiri. Unde edicta ita constituta videmus, ut his ubique polliceantur prætores se iudicium, seu actionem daturos. Inde & iurisdictio esse dicitur iudicis dandi licentia; *L.* 3. *supr. de iurisd.* ut intelligamus partem esse iuris dicundi, iudicium dare & iudicem, eoque & pertinere ad officium magistratus, cuius est ius dicere. *d. L.* 2. *§. post originem*. Postremo actionem de eo, quod debetur, postulanti dare, ita prætoris proprium est, ut nisi ex iusta & magna caussa non possit eam denegare. *L. sed etsi, § ait prætor, supr. ex quib. cau. ma.* Ante omnia igitur in hac ratione hoc moneamus: quod dicitur ad officium prætoris pertinere lites deminuere, actionem aut in totum quod petitur, aut pro parte denegando; non simpliciter accipiendum esse, sed cum hac exceptione, quantum licet, & quoad sine actoris iniuria facere conceditur. Nam hoc nisi sit, usque adeo non est prætoris actionem seu de toto seu de parte denegare, ut nihil sit eius officio magis contrarium. Iniuria autem actoris detracta, nihil est, quod verius dicatur, quam esse ex officio magistratus quavis ratione lites deminuere, etiam actionem denegando, Hoc enim demum magistratus officium est, iuris sententiam & voluntatem servare ac sequi: quando legum custodes sunt, &
9 administri magistratus. † Unde & ius dicuntur non facere, sed reddere: quasi dicas suæ curæ & fideicommissum, ita uti commissum est, populo tradere. Ius autem civile, cuius summa lex est salus populi, ut recte Cicero sanxit *lib.* 3. *de legib.* lites ut paci & tranquillitati publicæ inimicas aversatur, & quantum potest minuere contendit: qua de caussa maxime & usucapio introducta est, & tanta vis transactionibus privatis tributa, ut indicant *L. ult. infr. pro suo, L. fratris, C. de transf.* Quare & magistratus maxime officium est idem sequi, quoad eius sine alterius iniuria facere licebit. Definitione exposita, maior difficultas obiicitur ex genere ratiocinationis, quod rursum consideremus. Ait Iulianus, humanius facturum prætorem, si compulerit actorem ad accipiendum quod offertur, denegata actione eius partis: &
rationem reddit, † ut quidem verba præ se 10
ferunt, *quia ad officium eius pertineat lites deminuere*. Præpostera vero hæc ratio est, & inepta, dixerit aliquis: etiam si maxime propositio vera sit. Non enim ideo humanum est actorem ita compelli, quia ad officium prætoris id fieri pertinet; sed ideo pertinet ad prætoris officium, quia ita fieri humanum est: ut humanitas & æquitas facti in caussa sit, cur ita prætor facere debeat; non autem officium prætoris in caussa, cur sit humanum. Prius est enim natura, ut aliquid iustum, vel æquum sit, quam ut prætor id debeat præstare: atque hinc pendet officium magistratus. Sed & illud in hac ratione vitiosum est, quod ex particulari propositione colligitur id, de quo quæritur. Definitio enim hæc erat, si modo ita accipienda est, ut accipiendam esse diximus, prætoris esse lites deminuere denegata actione, non semper, sed cum licet, & cum æquitas & humanitas suggerit. Non recte hinc colligitur, ideo in specie proposita denegandam esse actori oblatæ partis actionem: quia dici possit non esse hanc speciem ex iis, in quibus humanitas & æquitas id ius postulat; ut semper hæc quæstio supersit, an in hac specie actionem partis denegari sit humanum. Videamus etiam, ne ratio sit nugatoria, ex genere earum nimirum, in quibus quæstionis principium petitur. Quæritur enim, an humanum & æquum sit prætorem denegare actori actionem oblatæ partis, quo illum ad eam accipiendam compellat. Respondetur ideo humanum esse, quia ad officium prætoris pertinet lites deminuere, quoad æquitas & humanitas patitur. At hoc ipsum erat in quæstione, an humanitas seu æquitas id pateretur. Et est omnino ea conditio rationis huius, ut in ea hæ reprehensiones omnes suscipiendæ sint, si putamus rationem ad id, quod Iulianus humanum esse dixerat, referri. Quapropter quod ad genus collectionis reliquum est diligenter hac quoque parte monendi sumus cavendum esse, si quid hac ratione effici volumus, ne eo referamus. Quonam ergo? nam ut eo referamus, verba non obscure scripta exigere videntur. Propositio enim hæc est: *humanius facturus videtur prætor, si actorem*

rem compulerit. Ratio: *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. Et ut de totius huius loci sententia liqueat, intelligendum est, unam hic propositionem esse Iuliani, non quæ verbis exprimatur, sed quæ prioribus positis satis colligatur: huius propositionis duas ab illo reddi rationes, ambas ita distinctas, ut una non sit ratio alterius, sed solum sententiæ propositæ: ad eam vero relatas esse eiusmodi, quibus propositio recte confirmetur. Propositio est hæc: in utraque caussa hic proposita prætor compellere actorem debet, ut accipiat, quod offertur. Hæc, ut dixi, non exprimitur verbis. Sed cum ita scribit: *humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*; id non alio spectat, nisi ut ex eo colligatur prætorem id ipsum facere debere. De officio enim prætoris hic quæritur: & vero huiusmodi conclusio ex superioribus verbis sua sponte intelligitur, atque adeo his ipsis continetur. Huius propositionis seu conclusionis duæ sunt rationes: una, quia id fieri sit humanius; altera, quia etiam pertineat ad officium prætoris. Humanius esse probare videtur, cum ait: si compulerit eum ad accipiendum, quod offertur. In his enim verbis, *quod offertur*, inest *vero* huius humanitatis rationem continens: quasi diceretur hoc ipso humanum esse cogi actorem partem accipere, de qua quæritur, nec posse de ea actionem postulare: quia ea pars a debitore ultro confitente offeratur. Cuius rei rationem pleniorem si quis desiderat, nos paulo post subiiciemus, & quidem ita, ut nemo possit de æquitate huius sententiæ dubitare. Ac videtur eam rationem Iulianus prætermisisse consulto, quia manifestam putabat. Et est omnino manifesta in eo quod offertur, ut est finis iudicii: quo non de re confessa, sed controversa agitur, & agitur de eo, quod actor negatum consequi velit, non de eo, quod iam partum habeat, si non recuset: quale est quod ei offertur. Sed de eo paulo post. Nunc pergo ad alteram propositionis rationem, ut sententia huius loci sicut propositum est, explicetur. Ergo præterquam quam quod prætor in proposito denegare debet actori oblatæ partis actionem, quia id fieri humanius est: etiam hac ratione tanto magis debet facere, quia ut fiat, præcipue ad officium eius pertinet. Pertinere autem probat, cum ait ad officium eius pertinere, lites deminuere. Inest enim in hac ratione hæc argumentatio: Ad officium prætoris pertinet lites deminuere, quæcunque occasio tulerit, ut sine iniuria alterius possit facere. Deminuitur autem lis in proposito, si de parte tantum controversa actio datur, de confessa & oblata denegatur: & summa occasio est cur id fiat, quia humanum est, & creditori non nocet. Igitur ut ita fiat maxime ad officium prætoris pertinet: proinde etiam prætori ita faciendum est, ut est propositum. Hæc, nisi fallor, vera & germana huius loci sententia est. De cuius tamen æquitate poterit fortasse adhuc dubitari: quia cur Iulianus diceret humanum esse, non dari actionem eius quod offertur, non omnibus notum est, ut ex sententia diffidentium licet intelligere, & huius rei rationem ille prætermisit. Ac de eo etiam ideo dubitabitur magis, quod dixerimus creditorem invitum cogendum non esse partem accipere, quamvis reus hanc solum se debere fateatur. Quare ut æquitatem eius sententiæ penitus perspicere liceat, rationem rationis pleniorem & evidentem iam subiiciemus. † Non debet actori in utraque 11 caussa hic proposita dari actio de eo quod offertur, eoque modo denegata actione compellendus est id accipere, tribus de caussis. Primum quia actor frustra eius quod offertur actionem sibi dari postulat: deinde quia postulat etiam malitiose: postremo quia constat, si reus de toto quod petitur, confiteretur, & solvere paratus esset, adversus eum actionem dari non debere. Primum frustra postulat partis oblatæ sibi dari actionem. Quorsum enim actio & iudicium, nisi ut reus convincatur, convictus condemnetur, ac denique condemnatus remediis iuris, idest, pignoribus ad sententiam exsequendam captis urgeatur ad solutionem? hic quidem unus finis est, & vis iudiciorum privatorum. *L. negantes, C. de obl. & act. L. 1. C. de exs. rei iud.* At nihil horum petitur nisi frustra adversus offerentem. Volumus eum convinci? At confitetur, ut iam actor de fide debiti laborare non debeat. Quid, quod nec convinci natura potest, qui confitetur: cum is dicatur convinci, qui cum negaret, legitimis probationibus vincitur, & constringitur, ut vel fateatur, vel fateri debeat? Volumus eum condemnari, ut sic sententia adversus eum executioni mandari possit? Nihil his rebus opus est adversus eum, qui confitetur, & rem offert. Nam si condemnatio quæritur, hæc parta est adversus eum, qui in iure fatetur: quoniam in iure confessi pro iudicatis habentur, ut non minus & hi solvere cogantur, & pignora ab his capi possint, quam si condemnati essent. *L. unica, C. de*

de confess. L. 1. infr. eod. Sed & propria ratione frustra desideratur exsecutio adversus eum, qui offert, quia hic ultro suo tempore præstat quod petitur; exsecutio autem in eos tantum constituta est, qui condemnati intra tempora constituta iudicatis non parent. Et ut uno verbo dicam, frustra petitur actio eius quod a reo offertur: quia nullæ sunt partes iudicantis in confitentes, *d. L. proinde*, 25. *§. ult. supr. ad leg. Aq.* Qua ratione pro superioribus omnibus poteramus esse contenti, quia una omnes complectitur: nisi definitio esset obscurior: & hoc ipsum adhuc quæreretur, cur nullæ sint in confitentem partes iudicantis. Ideo cum id efficiatur ex iis caussis, quas supra commemoravi, his uti malim, ne quid dubii hic relinqueretur. Sed tamen & hæc ipsa sententia iuris certi liquido probat quod dicimus, frustra eius quod offertur, postulari actionem, & iudicium: ubi nihil eorum præstare iudex possit, quorum gratia iudicium postulatur. Iam vero si actio ideo actori dari non debet, quia frustra petitur: quanto minus illi danda est, si non tantum frustra petitur, sed etiam malitiose? neque enim malitiis indulgendum est. *L. in fundo, supr. de rei vind.* Atqui huiusmodi postulatio est actoris, si actionem postulet sibi dari de eo quod offertur. Malitiose enim institui generaliter dicendum est, quidquid quis facere instituit adversus alium, ex quo nihil laturus sit, nisi ut officiat. *dict. L. in fundo.* Id autem contingit in hac postulatione. Demus enim actori actionem de eo, quod oblatum est: non modo nihil ei proderit ea actio, quod supra demonstratum est; sed etiam maxime nocebit reo. Onerat enim eum, primum molestia & vexatione iudicii: deinde non necessariis sumptibus: qui eo maiores futuri sunt, quo plus in iudicium deductum fuerit, si non in operas advocatorum & patronorum; at certe in sportulas, quæ a viatoribus præstantur. De quibus ita ius Romanorum fuit, ut ex quantitate rei vel summæ petitæ æstimaretur earum modus. *§. tripli, Inst. de act.* Postremo his de caussis constanter receptum est, si debitor fateatur se debere, quod petitur, paratumque dicat solvere: denegandas esse in eum actiones, sed peteuti spatium dandum ad solvendum ut condemnato, ut initio diximus. *L. si debitor*, 30. *infr. de solut. L. si debitori, supr. de iud.* Quod in toto de quo reus fatetur, iuris est: hoc idem & in parte, quam similiter se debere agnoscat, & offerat, admittendum est: quoniam actorem ad utrumque sine iudicio accipiendum compelli, pariter nihil ei noceat. *arg. in L. quæ de tota, supr. de rei vind. L.* 3. *infr. pro derel.* Non me movet, quod vulgo placet, creditorem non esse cogendum partem debiti accipere, ubi totum a debitore non offertur. Etsi enim concedo id vere dici, usque adeo ut putem ne tunc quidem eum cogendum partem accipere, de qua parte mox: non tamen id efficit, ut partis quoque oblatæ & recusatæ creditori tribuere debeamus actionem. Nihil hæc simile habent, recusandæ partis facultas, & facultas eius persequendæ. Quod creditor partem oblatam non accipit, hoc ei utile esse potest propter incommoda divisæ solutionis, & ideo ei concedendum est. Quod autem etiam de ea parte iudicio agere vult, est ei inutile, eoque nec concedendum; præsertim si coniunctum sit cum debitoris iniuria, ut coniunctum esse ostendimus. † His expositis summa 12 sit hæc Iuliani sententiæ, & superioris tractationis: quemadmodum cum debitor fatetur se debere totum, & paratum dicit solvere, in eum actio non datur. de quo inter omnes convenit, *L. si debitori, supr. de iud. L. si debitor, infr. de sol.* ita & si partem tantum offerat, quamvis alteram se debere neget, & de ea litigare paratus sit, nihilominus & in eum de eo quod offertur, denegandam esse actionem: de quo hic constituitur. Ita utrobique illud valere: in confitentes nullas esse partes iudicantis, uti traditum est in *d. L. proinde*, *§. ult. supr. ad leg. Aq.* Hac ratione fieri, ut creditor, cui pars tantum offertur, compellatur ad accipiendum, quod offertur, siquidem eam partem a debitore consequi velit, non sibi perire. Nam cum duæ tantum viæ sint eius partis obtinendæ, vel ut iudicio eam consequatur ab invito, vel ut sine iudicio eam accipiat a volente: priore via sublata, idest, iudicio, relinquitur sola posterior, quam ad suum obtinendum sequi cogatur, nempe ut cogatur quod offertur a volente accipere. Id ita statui humanum esse, etsi subtilitas disputationis aliud exigere videatur. Cum autem humanum sit tanto magis in hac specie probandum esse, quia hoc modo lites bono & humano more minuantur: quod fieri, ubicunque res postulet, in primis ad officium magistratus pertineat. Sed hæc hactenus de duobus debitoribus dicta sunt, quorum alter totum offert, quod petitur; alter ita partem duntaxat, ut idem de altera iudicium suscipere paratus sit, idest, se eam debe-

debere neget: de quo solum Iulianus loquitur, ut initio ostendi. † Quid tiet, si quis totum fateatur se debere, & partem tantum offerat? Et si huiusmodi aliquis debitor dari posset, diceremus consequens esse superioribus creditori adversus hunc in totum denegandam esse actionem, non tantum in eam partem quæ offertur, sed etiam in eam quæ non offertur: quia semper illud tenendum sit, quod diximus, in confitentes nullas esse partes iudicantis: item frustra peti actionem adversus eum, qui in iure confessus pro iudicato habeatur. Tantumque abest, ut cum id dicerem, putarem me adversus sententiam huius loci dicere, ubi Iulianus de eo debitore agit, qui quam partem non offert, eam se debere negat: ut existimem maxime id ipsum hoc exemplo confirmari. Cur enim creditor partem non oblatam, eandemque negatam iudicio petere potest? quia de ea controversia est, & de re controversa iudicium consistit. Contraria igitur de caussa iudicium de ea parte non consistet, de qua confessione rei ita constabit, ut de ea nulla esse possit controversia, quia reus pro iudicato sit; etiam si maxime eam partem non offerat. Quod ad partem oblatam attinet, si is creditor eam iudicio persequi non potest, qui alterius partis integram actionem habet: quod fit, ubi reus se eam alteram debere negat; multo minus is oblatam petere poterit, qui ne alterius quidem partis habet actionem: quod contingit, cum debitor de altera quoque parte in iure confitetur. Dici enim potest unius partis actionem trahere posse ad se petitionem alterius partis, ne creditor actionem dividere cogatur. At ubi alterius partis non oblatæ actio nulla est, quod in confessa contingit, natura non patitur ut quæ nulla est, quidquam aliud ad se trahere intelligatur. Itaque si quis me rogaret, cum in parte oblata semper idem statuendum sit, ut creditor compellatur ad eam accipiendam, licet debitor de altera quoque non oblata confiteatur; qui fiat, ut Iulianus responsum suum de creditore ad accipiendum compellendo in eum tantum contulerit, cui pars ita offertur, ut de altera ei fiat controversia. Responderem ideo fieri, quia in ea solum iusta esset dubitatio, an propter alteram partem quæ peti potest, posset etiam petere eam quæ ultro offertur; in eo autem nulla esset, cuius debitor totam se debere fateretur; cum in confitentem nullum iudicium esse possit, quia nullæ sunt in eum partes iudicantis. Sed verius est Iulianum ideo solum de eo respondisse, cuius debitor partem offerret, & alteram negando de ea litigare paratus esset: ut procederet, quod de debitore proponit, eum nimirum partem solum eius quod petitur, obtulisse: hoc enim ita fieri potest, si quod restat, neget se debere; in eum autem, qui totum se debere fatetur, non cadit, ut dicatur partem tantum offerre, partem non offerre. Quisquis fatetur in iure se debere totum, idem & totum se solvere paratum esse ostendit; si non verbis, at vi ipsa. Nam si totum debet, potestate iuris efficitur, ut totum solvere debeat: cum obligatio sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. *Inst. de obl. in pr.* Quod autem in iure fatetur, sponte sua hanc ipsam necessitatem solvendi sibi imponit; quia eodem iure confessi in iure pro iudicatis habentur. Ostendere autem se paratum esse solvere nihil aliud est, quam offerre, ut ex duobus his locis inter se collatis intelligetur, *d. l. si debitor, infr. de sol.* & *d. L. si debitori, supr. de iud.* Quæ si ita sunt: est, quod non in una aliqua specie, sed in universum recte definiamus cum de confitentibus debitoribus, tum de re quæ ab his offertur. Primum de confitentibus hoc modo: quantumcunque est, quod quis se debere in iure confitetur, sive de toto fateatur, sive de parte tantum, quatenus id facit, semper illud verum esse, in confitentem nullas esse partes iudicantis: itaque nec de eo de quo confitetur, iudicium in eum reddi posse, sed perinde habendum, ac si iudicatus esset. Tum de eo quod offertur, hoc modo: nunquam creditorem, quod a debitore in iure offertur, iudicio petere posse, ut pote prætore in eam rem actionem denegante, sive reus totum offerat, quod petitur, sive partem duntaxat. Uno autem modo fieri proprie, ut quis partem tantum offerre dicatur, si partem se debere fateatur, & alteram neget. Nam qui fatetur totum se debere, vi ipsa & totius solutionem offerre intelligitur. Atque hinc est, quod Iulianus cum de partis oblatione dicere vellet, quæstionem ad eum debitorem nominatim retulit, qui de altera parte controversiam faceret.

Quod reliquum est, quoniam abutuntur vulgo interpretes hoc responso, ut ex eo statuant creditorem etiam partem quæ a debitore offertur, ita accipere cogi, ut nisi accipiat, moram faciat, & pars periculo eius esse incipiat; alii quidem sine exceptione, ut fecit Alciatus; alii autem tunc solum, cum debitor eam solam partem

tem se debere fatetur, ut fit in specie huius responsi, quæ vulgaris sententia est: quo hic error penitus evellatur ex hoc loco, ne deinceps veram eius sententiam conturbet, semel quid de ea re tota statuendum sit, paucis videamus. † Aio, iure publico debitorem rei debitæ partem solvere invito creditore non posse: id est, non posse ita offerre, ut illo recusante possit eam partem obsignare, & ea obsignatione liberari: & quod idem valet, Aio, si debitor eius quod totum ex aliqua caussa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, ut si ea pereat postea, non magis creditori pereat, quam si omnino oblata non esset. Nec quidquam referre puto ad recusandi facultatem, utrum debitor fateatur se debere totum quod petitur, an id tantum, quod offert. Hæc sententia partim certis locis constituta est; partim ratione iuris efficitur ita explorata, ut aliis constitutionibus deficientibus tamen de ea minime dubitari oporteat. Si auctoritas constitutionis quæritur: fateor parum præsidii esse in eo loco, quo vulgo interpretes ad huius sententiæ confirmationem utuntur. Is est *L. tutor*, *§. Lucius*, *infr. de usur.* ubi debitore solam partem debiti obsignante respondetur non retardari totius debiti usurarum præstationem adversus eum creditorem, qua paratus esset totum suscipere, si offerretur. Esse enim hic potest defensioni Alciati locus, ut dicatur de usuris sortis hoc scriptum esse, ad sortis liberationem non pertinere. Usuræ enim debentur sub conditione, si sors soluta non sit: conditio hæc non scinditur. Verum est enim sortem solutam non esse, quæ tota soluta non est. Eo fit, ut sorte tota non soluta, usurarum summa quanta promissa est, secundum conditionem debeatur. *L. cui fundus*, *infr. de cond. & dem. L. 5. §. ult. infr. de verb. obl.* Hæc ratio cessat in sorte: quippe quæ pure debetur. Ut dici possit nihil prohibere, quominus debitor, parte sortis oblata & obsignata, pro ea parte liberetur in sorte, neque tamen eo minus totius sortis usuras debeat, quia id actum sit, ne eas debere desineret, nisi tota sorte exsoluta. Dici etiam potest in ea specie, cum sors & usuræ sortis promissæ sunt, quamvis quis concesserit parte sortis obsignata non contingere eius partis liberationem: non ideo tamen id ad alias species in quibus sors sine usuris debetur, transferri debere: quia usurarum conditio ostendit hoc ipsum & in sorte actum esse, ne particulatim eam solvere liceret, ne & pro parte usurarum liberatio contingeret, quod conventio aperte prohibet. Sed non eo minus certo iure constat hæc sententia, non posse debitorem partem solvere invito creditore. Prope diserte expressa est in *L. obsignatione*, *C. de sol.* ubi hæc definitio traditur: *obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta liberationem contingere manifestum est*. Ut nominatim adiectum est, *solemniter facta*, ex qua adiectione intelligimus, nisi obsignatio solemniter facta sit, eam nihil prodesse: ita nominatim dictum est, *totius debitæ pecuniæ*, ut intelligeremus nisi & tota pecunia debita obsignetur, liberationem non contingere. Atqui obsignatio pro iusta solutione & liberatione est, ubi debitor solutione liberari potest, *d. L. obsignatione*, *L. acceptam*, *C. de usur.* Sic ergo licet argumentari: si debitori particulatim solvere permittitur, licet ei & partem debiti offerre, ac recusante creditore ita obsignare, ut eius obsignatione liberetur: quia obsignatio solutio est. At partem debitæ pecuniæ obsignando debitor nihil agit. Proinde nec si partem solvere velit, quidquam proficiet, si creditor accipere recusabit. Observandum est autem non dici contingere liberationem obsignatione totius pecuniæ confessæ seu liquidæ, sed totius pecuniæ debitæ: quo rursum declaratur ad iustam oblationem & solutionem non illud inspici, an debitor totam pecuniam offerat, de qua confitetur; sed an offerat totam, quam debet. Proinde si totam debuit, & partem tantum offert, nihil aget ne pro ea parte quidem, quantumvis se eam solum debere agnoscat. Quod si in hac sententia ratio iuris quæritur, ea est in promptu. Nihil enim certius, quam creditorem impune & sine ullo periculi rei amittendæ metu rem debitam a debitore oblatam non accipere, si recusandi iustam caussam habet, *L. qui Romæ*, *in pr. infr. de verb. obl. L. qui decem*, *in pr. infr. de sol.* At recusandæ partis oblatæ non una caussa est, eaque iustissima. Quare necesse est, si oblata recusabitur, eam iure & impune recusari. Recusandi ratio duplex est. Una est, quod debitor partem non ita solvit, ut debuit. Naturæ ratio exigit, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo & dissolvatur. *L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. iur.* At obligatio ab initio ita contracta est, ut debitor vel totum semel acciperet, vel de toto semel obligaretur. Proinde & secundum naturam obligationis est & naturæ regulam, ut totum & semel solvat,

solvat, ut debuit. Secus si facit, aliter solvere postulat, quam debuit. Idcirco & hanc solutionem iuste creditor recusabit. Ut enim aliud quam debetur, invito creditore solvi non potest: *L. 2. §. 1. supr. eod.* sic nec aliter quam convenit, & obligationis natura patitur: veluti si debitor alio loco offerat, aut alio tempore, quam debuit. *d. L. qui decem, infr. de sol. d. L. qui Romæ, infr. de ver. ob. d. L. obsignatione, C. de sol.* Altera recusandi ratio est, quæ & vulgo recte redditur, quod partium solutio damnosa est creditori. Constat autem ibi minime cogendum creditorem accipere quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, ubi ex ea re aliquod damnum metuat. *L. debitorem, alias, Paulus, 99. infr. de sol.* Quod si quis partium solutionem creditori damnosam esse neget, ut Alciatus, is mihi non tam iure, quam quotidiana rerum experientia refelli videtur. Iure quidem satis, si pro iure habemus *L. 3. supr. fam. erc.* illic enim diserte scriptum est, sæpe solutionem partium non minima incommoda habere. Sed non tam quid illic scriptum sit, quam quid sit in re, spectandum arbitror. Non tam enim ex iuris ratione illud dictum est, quam sumptum est ex usu & experientia communi. Hæc vero nos docet maiorem summam pecuniæ utilem esse ad emptionem prædiorum, tum ad collocandum, ne pecunia domino otiosa sit, ubi vel pretium prædii venditi, vel debitor pecuniam sub usuris accepturus semel maiorem summam desideret; minores autem summas scimus ad eas res ut plurimum esse inutiles. Partem quæ nunc offertur, creditor accipiet, inquies, eamque asservabit, donec reliquum accipiat, ut sic denique totam summam confectam habeat. Si quidem asservari solerent hæ partes, aut asservari possent sine periculo creditoris, facilius admitti posset recte eum facturum, si oblatas acciperet. Nunc autem eadem experientia testatur, quam proclives homines sint ad minutas summas consumendas; contra autem quam sint attenti ad maiores asservandas, dum curant, ut sint paratæ ad usus repentinos. Tum autem in partibus solutis asservandis donec reliquum debiti conficiatur, non parvum creditoris periculum est. Quid enim si interim illæ amittantur vel incendio, vel ruina, vel bello, vel furto, aut aliis casibus, quibus hæc vita obnoxia est? Nempe hæ creditori perierint, qui earum dominus factus est. *L. pignus, C. de pig. act.* cum si illæ apud debitorem mansissent iuste recusatæ neque creditorem molestia custodiæ onerarent, neque amissæ illi perirent sed debitori. *d. L. qui decem, infr. de sol.* Si his de caussis iuste partem accipere recusat creditor, cum debitor totum se debere fatetur, & partem tantum offert, quæ sententia vulgo recepta est; necesse est & tunc creditorem iuste recusare videri, cum pars ab eo offertur, qui hanc solum se debere dicit. Nam & hic non minus verum est partem debiti offerri: nec minus verum parte oblata aliter solvi, quam debuit: & hanc solutionem coniunctam esse cum damno creditoris. In qua autem ad recusandum eædem caussæ sunt, ei ad recusandum ius idem esse oportet. At enim debitor putat totum offerri, quod debetur. Si vere amplius debet quam offert, eius falsa existimatio veritatem rei non mutat, *L. assumptio, infr. ad munic.* At iniquum est ei iustam ignorantiam nocere; qui si scivisset se totum debere, quod petebatur, totum obtulisset, & se omni ea obligatione, & periculo pecuniæ solutæ liberasset. Iniquum esset, nisi postularet, ut hæc ignorantia ad alienam iniuriam converteretur; nempe ut propter hanc ignorantiam cogeretur creditor accipere, quod iure suo recusare potuit, aut parte oblata postea amissa periculum esset creditoris. Cum factum eius sit, quod totum non obtulit, cum totum deberet: naturæ æquitas & regula iuris faciunt, ut ei factum suum potius nocere debeat, quam adversario, *L. factum cuique, infr. de reg. iur.* † Sed im- 15
probatur tota hæc sententia Alciato, qui motus videlicet maxime verbis huius responsi, cum ad *L. 2. infr. de verb. obl.* tum hoc loco accuratius in totum defendit cogi creditorem accipere partem debiti, quæ offertur; alioqui eum moram facere, & periculo rei oblatæ alligari: non solum tunc, cum debitor negat se reliquum quod petitur debere; quo casu etiam cogi creditorem accipere quod offertur vulgaris sententia admittit ex hoc loco; sed adversus omnium aliorum sententias etiam tunc, cum debitor totum se debere non negat, sed videtur ei partem tantum in præsentia offerre. Quam sententiam cum ille variis argumentis conetur confirmare, nempe totidem impugnatur ab illo contraria, quam supra posuimus. Itaque hoc restat cum ad confirmationem veræ sententiæ, tum ad sententiam huius loci magis statuendam, ut breviter quid ille afferat, consideremus: ac quo res sit dilucidior, distincte de singulis obiectis respondebimus. Sunt autem eius obiecta fere ad quinque numero. In pri-

primis urget verba huius loci. Quoniam infinite scriptum est, humanius factorum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur. Hoc ille cum vulgo interpretum sic accipit: quasi diceretur iure eum cogi accipere, quod offertur. Quo concesso plane consequens est, quod vult, creditorem non iure recusantem moram facere: proinde & si pars oblata postea sine culpa debitoris perierit, debitorem liberari. *L. qui decem, infr. de solut.* Eadem interpretatione admissa, recte & illud Alciatus adversus vulgus interpretum consequens esse contendit, ut si in inficiante debitore partis solutio admittenda est, quod illi concedunt: recipienda sit & in confitente: ut nihil eos adiuvet ad defensionem sententiæ suæ, qua volunt creditorem non cogi partem debiti liquidi a debitore accipere, quod dicunt hic agi de eo debitore, qui illam partem quam non offert, neget se debere. Etsi enim verum est de ea hic agi, ut initio ostendi: tamen inficiatio etiam quæ dolo caret, nihil tribuere potest aut debet debitori, quod ille si fateretur, non haberet. Ius enim cuique ex conventione & facto præcedente nascitur, non ex inficiatione: alioqui facile quivis inficiando consequeretur, quod vellet. Multo minus potest debitoris inficiatio quidquam detrahere iuri creditoris, si quid ille in vero debito adversus confitentem haberet. Quid ergo est? Nempe omnium communis error in eo est, quod putant hoc loco dici actorem cogi accipere, quod offertur. Quod tantum abest, ut verba exprimant, aut Iulianus sentiat, ut nihil verbis & sententiæ Iuliani magis adversetur. Ille scribit actorem a prætore compellendum ad accipiendum, quod offertur. Longe aliud est actorem cogi accipere quod offertur: aliud, actorem a magistratu compellendum ad id accipiendum. Qui dicit actorem compelli accipere, hoc exprimit, cogi eum & iure & quovis modo: generaliter enim loquitur: ut hoc dicere intelligatur non tantum denegari debere ei actionem eius nomine quod offertur; sed etiam si recuset, periculi rei pœnam subire. At qui dicit actorem cogendum esse a magistratu ad accipiendum, quod offertur: is priorem pœnam denegatæ actionis complectitur; posteriorem autem etiam verbis repudiat. Nemo a magistratu cogi potest, nisi remedio magistratus proprio, seu quod sit in potestate magistratus. Remedium magistratus proprium ad compellendum ut quid faciat is, qui actionem postulat, est denegare ei actionem, ubi res exigat. *L. invitus, §. pœna, supr. de proc. L. sed etsi, §. ait, supr. quib. ex caus. manum.* Efficere autem, ut creditoris periculo sit ea pars quæ offertur, pœna iuris est, non magistratus. Simul enim atque creditor sine caussa recusavit quid accipere, iure moram facit, & ex mora periculo rei obstringitur: *L. qui decem, infr. de solut.* ut si conetur postea magistratus eam pœnam imponere, nihil agat, quia satis iam imposita sit ipso iure sine opera cuiusquam. Proinde prius remedium verba ipsa vi sua continent; posterius reiiciunt. Quod si verba generaliter ita scripta essent, ut diceretur actorem compelli ad accipiendum, quod offertur; tamen ea ad quæstionem propositam revocari deberent, ut conveniret responsum interrogationi. Id enim sententia respondentis exigit: arg. in *§. præterea, Inst. de inut. stip.* ubi antem sententia scriptoris manifesta est, verba captare non oportet, sed qua mente quidque dicatur, solum spectare, ut recte præcipitur in *L. pen. infr. ad exh.* At hic quæstio aperte posita est, an creditor cui pars debiti tantum offertur, possit eam quoque partem iudicio petere una cum ea, quam debitor se debere negat. Quapropter etsi hic responderetur cogi creditorem partem accipere quæ offertur; tamen intelligere deberemus cogi eum accipere, ut offertur, idest, sine iudicio: non etiam posse eam iudicio persequi, de quo quæsitum erat. Ita & verbis superioris definitionis, & manifesta sententia responsi efficitur, unam hanc compulsionem hic accipi debere, quæ fiat, denegata a magistratu partis oblatæ, quæque nunc offertur, actione. Neque vero si creditori eius partis quæ offertur, actio deneganda est, ideo & eius partis deneganda est ei recusatio. Ut enim supra ostendimus, partem quæ offertur petere nisi dolo malo actor non potest: cum si eam habere non vult, non debeat petere; sin vult, sit in eius potestate statim id consequi eam, ut offertur, accipiendo. Ac de hoc loco satis iam responsum puto: reliqua videamus. Ut ergo probet Alciatus debitorem partem solvere posse invito creditore, ut nisi creditor oblatam accipiat, moram faciat, utitur secundo loco argumento eius quod de divisione obligationis legimus in *L. 2. §. 1. infr. de ver. ob.* sic enim illic Paulus scribit, † obligationem pecuniæ dandæ recipere *partium præstationem:* quod nihil aliud est, nisi debitam pecuniam pro parte posse præstari; vel ut alibi scriptum est, id quod debetur, pro parte recte solvi, *§. item per, ver. sicut autem, Inst. quib.* 16

quib. mod. tol. ob. Hoc ille, quia simpliciter dicitur, sic accipiendum putat, quasi dictum esset rem pro parte præstari, seu solvi posse non tantum volente, sed etiam invito creditore: nihil enim distinguitur: & satis constat ubi generaliter quid & sine distinctione in lege scriptum est, legem quoque ita accipiendam, ut omnia quæ orationi generali insunt, comprehendantur. *L. metum*, §. 1. *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, *ver. a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *infr. de publici.* Contra vulgo interpretes superius illud ita dictum volunt, ut obligatio dandi partium præstationem recipiat, volente & partem admittente creditore, non item invito. Recte illi: non recte Alciatus, ut mox liquebit. Sed plerique moventur eo, quod in superiore definitione & tota ea disputatione Pauli nihil nominatim adiectum est, quo distingueretur, exprimereturque de volente creditore: eoque cum Alciato adducuntur, ut generalitatem orationis retinendam putent, nec existiment obiectionem satis apte dilui, si dicatur alibi de volente creditore expressum esse: (quanquam & id negant) quia in scripto Pauli quid alii scripserint aut senserint, nihil ad rem pertineat; sed quid Paulus Ipse, de cuius sententia quæritur. Ergo ne quis in posterum hac re moveatur, neve dubitet locum Pauli ita accipiendum, ut intelligi debeat, pecuniam pro parte præstari posse volenti, non invito; sic habeatur: huius rei probationem non aliunde petendam esse longius, sed in ipsis verbis Pauli, tum in sententia quæ ex reliquis verbis colligitur, eam probationem contineri: ut qui locum ad invitum creditorem trahet cum Alciato, is contra significationem usumque loquendi, & contra apertam Pauli sententiam faciat. Dico his verbis, pecuniæ obligationem *partis præstationem recipere*, seu pecuniam pro parte præstari posse etiam si nihil aliud adiiciatur, hoc exprimi, pecuniam pro parte volenti præstari posse, non etiam invito. Aliud est enim offerri, aliud præstari. Offerri pecunia & volenti creditori potest, & recusanti: ut si dictum esset pro parte eam offerri posse, non negem hoc contineri, ut possit & volenti, & invito. At præstari pecunia nisi volenti non potest. Non est enim præstatio sine accipiente, ut de donatione scriptum recte est a Cicerone *in Topicis*, cui congruit *L. hoc iure*, §. *non potest*, *infr. de don.* Nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut *in præstationis* verbo vi ipsa etiam voluntas accipientis contineatur. Ne quis autem hic cavilletur, nimium nos subtiliter verba aucupari, præterquam quod ferat loquendi ratio, & iuris auctorum usus: sciat in huiusmodi orationibus hunc ipsum esse usum iuris, ut partis præstatio & solutio, quæ recipitur, intelligatur semper ita, ut potestas verbi exigit, idest, ea quæ a volente creditore admittatur. Id certius demonstrari non potest, quam ex *d.* §. *item per*, vers. *sicut autem*, *Inst. quib. mo. tol. ob.* Illic enim comparantur inter se solutio partis, & partis acceptilatio, deque his ita scriptum est: *sicut quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in parte debiti acceptilationem fieri posse*. Quid est autem pro parte acceptilationem fieri posse? non utique posse etiam invito creditore; sed ita, ut fert acceptilationis natura, id est, creditore consentiente: constat enim acceptilatio duorum consensu, creditoris & debitoris; *L. an inutilis*, *infr. de accept. L. si unus*, §. *pen. supr. de pac.* sed maxime creditoris, de cuius iure remittendo agitur. Proinde & quod de solutione ibidem dicitur id quod debetur, pro parte recte solvi, eodem modo intelligere debemus, ut recte solvatur admittente creditore: quia non fit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. *L. solutam*, *infr. de solut.* neque id fit aliter, quam volente eo & accipiente. Eumque esse sensum eius loci ex eo apparet, non tantum quod eadem figura orationis de solutione partis & partis acceptilatione eodem in loco comprehensum est; sed etiam quod hæc duo in facultate partis liberandæ comparantur. Quod si cum dicimus pecuniam *partis præstationem recipere*, seu pro parte præstari vel solvi posse, non esset hæc vis verborum, ut his contineretur acceptio creditoris ista admittentis, sed verba communiter & ad volentem creditorem & ad recusantem referri possent: tamen si constaret Paulum, cum his verbis usus est, de volente tantum creditore sensisse, nihil amplius quærere deberemus. Verbis enim generalibus standum est, sed in re dubia; non cum certum est hoc non sensisse scriptorem, ut omnia, quæ verbum significat, contineantur. *L.* 1. §. *licet*, *ver. in re igitur*, *infr. de exer. ac. L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. Iam vero ex his quæ sequuntur, manifestum est quid Paulus sentiat, cum initio dicit, quasdam obligationes seu stipulationes *partium præstationem recipere*, veluti cum decem dari stipulamur: paucis enim verbis interiectis & in cœpta partitione perseverans, subiicit: *quædam partis quidem*

dation-

dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor. Nam si Stichi pars soluta sit: nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est. Ergo quod prius dixerat, quasdam *partium præstationem recipere*, hoc sensu dixerat, ut intelligeremus eas recipere hanc præstationem effectu; id est, ita ut si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat, & hactenus debitor statim liberetur: ut utrobique non tam de facultate partis præstandæ, quam de effectu præstationis sentire intelligatur: alioqui male posteriorem speciem quam retuli, a priore illa distinguit. Et omnino Pauli in supra scriptis verbis ea sententia est, quam Ulpianus paulo pluribus & dilucidius expressit in *L. stipulatus*, 9. §. 1. *infr. de solut.* his verbis: *qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, & reliqua quinque sola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit.* Ex quibus perspicuum est, utrumque hoc ostendere, si pars rei debitæ præstita sit, quam recte quamque utiliter præstetur ad liberationem, sive certa summa aut certa species promissa sit, sive quid generaliter. Præstatio porro quæ præcessit, & de cuius effectu quæritur, nisi in eo creditore, qui hanc prius suscepit, intelligi non potest: nec suscipere poterit, nisi volens. De partis igitur præstatione quæ volente creditore fiat, uterque sine dubio loquitur.

17 tur. † Tertium argumentum Alciato ex persona & conditione heredum ducitur; atque hinc ita ratiocinatur: certi iuris definitio est tradita in *L. 2. §. ex his, infr. de verb. obl.* ex persona heredum conditionem obligationis non immutari. Immutabitur autem, si debitori ipsi partem præstare invito creditore non licebit: quoniam hoc singulis heredibus facere conceditur in parte debiti hereditaria, in quam successerunt. Ergo & debitori idem prius licere existimandum est. Et cætera, quæ somit, verissima esse concedo: non posse ex persona heredum immutari conditionem obligationis: & posse unumquemque ex heredibus partem debiti in quam successit, ita creditori offerre, ut illo recusante si eam obsignet, iure ipso liberetur. Quod autem ait, nisi idem debitori ipsi conceditur, conditionem obligationis immutari: duo sunt, quæ hic respondeam: primum id falsum esse: deinde si quis concesserit hoc modo obligationis conditionem immutari, tamen immutari eam in persona uniuscuiusque heredis separatim; id autem fieri ius non vetare. Si cum debitor totum præstare debet, heres partem solum hereditariam recte præstat, non modo non immutatur eo modo conditio obligationis, sed maxime conservatur: sic enim fit, ut quisque tantum solvat, quod debuit, non amplius. Debitor totum præstare cogitur; nempe quia solus totum debet atque hoc solvendo liberatur. At heres partem solum debet, quia æs alienum inter heredes pro portionibus hereditariis ipso iure dividitur. *L. 2. C. de her. ac. L. pacto successorum, C. de pact.* Consentaneum igitur hoc conditioni obligationis, quæ in persona defuncti fuit, ut heres quoque hanc partem præstando liberetur, quia id totum est, quod ille debuit. Amplius vero ab eo si exigimus, hic demum dissimilis conditio obligationis in utriusque persona esse incipit, non eadem: quia quod non debet, exigimus. Nisi forte conditionem eandem obligationis in utroque esse sic intelligimus: si sit utriusque eadem conditio: ut quod uni ex heredibus tribuitur, idem tribuendum sit & defuncto. Quod non ita esse nemo est, qui ignoret, cum defunctus totum debuerit; heres autem in partem debiti tantum succedat. Alioqui alterutrum suscipiendum erit, ut aut dicamus unumquemque ex heredibus solidum debere, ut debuit defunctus: aut quemadmodum unus ex heredibus partem hereditariam quam debuit præstando, in totum liberatur: sic & debitorem dum vivit si partem solverit, in totum liberari: quorum utrumque nisi absurde dici non potest. Quod si quis contendet, dum a debitore hoc exigimus, ut totum præstet, ab herede autem, ut partem tantum, immutari in eo conditionem obligationis: concedam hoc etiam, dum illud retineam, immutari eam ex persona unius heredis, seu singulorum separatim. Sed hoc tantum abesse, ut sit absurdum aut iniquum, ut contra rei æquitas, & natura cogant ita fieri: cum heres ultra portionem hereditariam non sit heres, eoque nec possit ultra eam portionem ut heres teneri. Sed nec superiori definitioni iuris id adversatur. Non enim dictum est: conditionem obligationis non immutari ex persona heredis, sed ex persona heredum: ut sit sensus non immutari ex persona heredum universorum seu heredum omnium coniunctim. Hoc vero dum fiat, quid in singulis heredibus separatim acci-

accidat, quærendum non est: quoniam universi heredes coniuncti personam defuncti sustinent, non singuli separatim heredes. Sic autem fit, ut ex persona heredum universorum conditio obligationis non immutetur, si omnibus rei debitæ partem solventibus ea sit conditio rei, ut non possit, nisi una eademque res soluta esse, & ea quæ debebatur, non autem diversarum rerum partes. Sed de eius loci sententia plura diximus in eius explicatione ad *L. 2. §. ex his, de ver. obl.* Quarto loco utitur Alciatus argumento *L. placuit, C. de coll. fund. patrim. lib.* xi. illic constitutum est, licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere, dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Sic ille colligit: si hoc receptum est adversus fiscum, multo magis adversus privatos creditores recipiendum est. Ego autem contra sic puto colligi debuisse: constitutum hoc est nominatim in caussa pensionum publicarum quæ pro fundis patrimonialibus debentur; in cæteris igitur caussis, & cæteris contractibus diversum ius est. Nam si possent debitores omnes iure communi particulatim solvere invito creditore, nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium in pensionibus publicis solvendis caveretur; quod in legibus factum esse nunquam admittendum est. *arg. in L. 1. §. ult. infr. ad Municip.* Apparet ergo id in hac caussa singulari iure constitutum esse, vel sublevandorum possessorum caussa, qui publicis pensionibus onerantur; vel etiam Reip. gratia, quo fiscus facilius suum consequatur: quia facilius sit plures particulas separatim expedire, quam totam summam pensionis debitæ repræsentare. Ultimum argumentum Alciati non videtur egere responsione: ipsum enim satis se ostendit. Ille sic argumentatur: Creditor partem petere potest etiam ab invito debitore. *L. in commodato, §. duabus, infr. com.* Ergo & debitor pro se partem solvere potest etiam creditore invito: quia favorabiliores sunt rei quam actores. *L. Arrianus, infr. de verb. obl. L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* Male comparat Alciatus res inter se non tantum ratione dissimiles, sed etiam contrarias. Creditor partem debiti potest petere, quia in eo de iure suo statuit, nec minus petendo, debitori nocet. Licet autem illi renunciare iuri suo, & conditionem suam, ut velit, deteriorem facere. *L. pen. C. de pact. L. pactum, supr. de pact.* Inverte rationem: consequens erit non posse debitorem partem solvere invito creditore.

At debitoris plane contraria caussa est: cum enim is partem offert, & creditorem cogere vult partem accipere, in eo de creditoris iure statuit, non de suo, neque id sine creditoris iniuria, ut docuimus. Plus quam autem certum est neque debitorem neque alium quemlibet creditoris sui aut alterius cuiusquam conditionem facere posse deteriorem. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Quibus remotis, est, cur iam sine hæsitatione statuamus, si quid cui ex una caussa & obligatione debeatur, nunquam iure communi creditorem cogi eius, quod ex ea caussa petitur, partem accipere, sed eam recusare impune. Si quid debeatur, inquam, ex eadem caussa. Nam si plures res debeantur ex diversis caussis, non prohibetur debitor quod ex singulis debetur, separatim solvere. *L. ult. infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Nec iniuria: ut enim contractæ sunt obligationes, ita & dissolvi debent. *L. nihil tam naturale, infr. de reg. iur.* Separatim contractæ sunt: recte igitur fit, & naturæ cuiusque convenienter, si quod ex his debetur, separatim solvitur. Neque metuendum est, ne cum id fiet, debitor videatur invito partem offerre. Cum enim singulæ caussæ suum quoddam totum habeant, quo constent; dum id offeretur, recte dicetur, totum quod debetur, non pars offerri.

† Sane interdum quod ex una caussa de- 18
betur, eius quoque partem creditor accipere cogitur, sed iure singulari. Quod libertatis causa receptum est, cum servus ut ad libertatem perveniat, decem dare debet. Nam etsi iussus sit liber esse sub conditione, si decem dederit; placet heredem per partes accipere cogendum, quod conditionis implendæ caussa præstatur favore libertatis. *L. 4. §. item si decem, infr. de statulib.* Idem constitutum est in caussa pensionum publicarum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur: de quibus, ut dixi, cautum est, ut eas liceat colonis particulatim solvere, dum ne sæpius quam tribus in singulos annos vicibus. *d. L. placuit, C. de col. fun. patrimon. lib.* xi. Quod cum certarum personarum, & certarum pensitationum causa constitutum sit, ius singulare esse apparet. Num ergo in his caussis quidquam superiori sententiæ contrarium dicimus? Imo his exemplis eam sententiam maxime statuimus. Nam si in his caussis ius singulare est, quod partem licet præstare; in contrariam sententiam ius commune sit, necesse est. *L. in his, §. ius singulare, supr. de legib.* Hac sententia bene constituta, fit, quod de huius loci interpretatione vo-

luimus (hue enim maxime superior disputatio collata est) ut minus iam dubitari possit verum esse, quod de sententia huius responsi supra demonstravimus: nimirum quod hic dicitur actorem a praetore compellendum ad accipiendum quod offertor, non de alia compulsione intelligendum esse, quam quæ fiat a magistratu, denegata actori in partem oblatam actione: posteaquam non solum videmus agi hic de compulsione magistratus, cuius alia ratio non est ad cogendum accipere quod offertor, quam ut in id deneget actionem: sed etiam superiore disputatione effectum est recusanti partem creditori nullam necessitatem accipiendi iure imponi, atque adeo hanc iusta de causa recusari, quicunque sit debitor, qui hanc offerat, sive is qui totum, sive is, qui hanc solum partem se debere fatebitur.

Ad L. Vinum. 22.

Idem Lib. 4. ex Minicio.

Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret; utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc [fuisset,] cum petitum esset. Interrogatus cuius loci pretium sequi oporteat? Respondi, si convenisset, ut certo loco redderetur: quanti eo loco esset: si dictum non esset: quanti ubi esset petitum.

S U M M A R I A.

1. *Loci huius difficultas, & difficultatis caussæ.*
2. *Vinum peti quod mutuo datum est, quam recte dicutur.*
3. *Per iudicem petere, id est, iudicio cur dicatur.*
4. *Re aliqua in iudicium deducta interdum in æstimationem condemnationem fieri, & quibus casibus.*
5. 19. *Petitum ad litis contestationem hic referri, & nam.* 19.
6. *Æstimatio vini petiti ad unum tantum ex duobus temporibus revocanda, vel quo ex conventione dari debuit, vel quo lis contestata est; & cur.*
7. *Sententia communis de hoc loco, quam sit ipsi loco contraria, & quam reiicienda.*
8. *Æstimationem vini non spectandam, quæ fuit tempore contractus.*

Explicantur hæ ll.
- 9 L. fundum, D. de novat.
- 10. L. hominem, D. mandati.
- 11. L. cum quis, D. de ob. & act.
- 12. L. 3, §. ult. D. de ae. em. & n. 28.
- 13. L. quoties in diem, D. de ver. ob.

14. *Æstimationem vini non spectandam ex tempore moræ.*
15. *Æquitas huius sententiæ.*
16. *Moram suam cuique nocere, quomodo accipiendum sit.*
17. *Certæ rei debitæ æstimatio post moram tanta debetur, quanti unquam plurimi fuit post morum: aliter in vino & aliis rebus generaliter debitis: & cur.*
18. L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. de act. empt. *explicatur.*
20. *Dies adiectus spectandus in re æstimanda non propter morum, sed propter conventionem idem in tempore litis contestatæ.*
21. *Æstimationem vini non spectandam, quæ fuit post litem contestatam.*
22. *Æstimationem vini non spectandam ex tempore rei iudicandæ.*
23. *In contractibus bonæ fidei eadem tempora spectanda ad rem æstimandam, quæ in strictis iudiciis.*
24. 26. L. 3. §. ult. D. de act. empt. *illa verba explicantur*, vel quo lis in condemnationem deducitur. *& n.* 26.
25. L. 3. §. in hac, commod. *attingitur.*
27. *Mora creditoris ei nocet, ne vini æstimatio alia spectetur, quam quæ fuit, cum vinum oblatum est ante diem, aut litem contestatam, si ea tam fuit minima.*
28. *Si duobus temporibus vinum sit oblatum a debitore, spectabitur, utro tempore minoris fuerit.*
29. *Constituto die si mora facta est a debitore, puta vinum ab eo non oblatum, condemnandus est, utro tempore pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo lis contestata est; non autem præcise spectandus dies constitutus.*
30. *Mora a creditore facta, quominus vinum acciperet ante litem contestatam, spectabitur utro tempore minoris vinum fuerit, vel quo dari debuit, vel litis contestatæ.*
31. *Summa utilis totius disputationis præcedentis, quam de iure quæstionis propositæ tenere oporteat.*
32. *Loci æstimatio cuius spectanda sit.*

1 HAbet hic locus, † si quis alius, responsum de vino ex certis temporibus æstimando explicatu difficile, minimeque expeditum: de quo omnibus ætatibus magnæ fuerunt etiam inter eruditos dissensiones; non tam adeo propter verborum sen-

sententiam, quæ per se plana est, si quis ea ex usu iuris auctorum æstimet: quam propter æquitatis quæ in ipsa sententia requiritur, obscuritatem; sed maxime propter varietatem locorum de eadem re in speciem ita dissidentium, ut quodcunque tempus spectandum esse dixeris, hic statim multi loci contra occurrant, qui de eo aliud statuere videantur. Accessit ad difficultatem præiudicium Bartoli, & cæterorum interpretum maxima ex parte, qui eam sententiam huius loci esse perpetuo quodam consensu tradiderunt: quæ si vera est, næ id scripsit Iulianus, quod nulla ratione expediri potest: ut cum ea sententia vulgo tot ante seculis recepta sit, non mirer hoc responsum in numero eorum habitum fuisse, quæ in iure percipi non posse vulgo existimantur. Quo diligentius sententia huius loci nobis animadvertenda & excutienda est, & vera, si fieri potest, ab errore vulgari & inveterato vindicanda. Ac prius ipsa propositio & quæstio paucis attingenda est: habent enim hæc etiam, illa quidem in verbis, hæc in re, quod lectores etiam non incallidos possit remorari. † Proponitur vinum petitum
2 esse, quod mutuo datum erat. Hoc non sic accipi debet, quasi id ipsum corpus quod datum erat, petitum sit: alioqui nihil actum esset. Ex mutuo eadem species non debetur, quæ data est, sed alia eiusdem generis. *Inst. quib. mo. re contrah. oblig. in pr. L. 2. supr. eod.* utque est id quod debetur: ita est actio, quæ nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod nobis debetur. *L. nihil, infr. de obl. & act.* Siquidem ergo recte actum est, petitum est vinum corpore & numero non id quod datum est, sed aliud; sed nihilominus & in hac petitione recte dicitur *id petitum, quod datum est:* quia quodcunque ex eo genere petitur, si est eiusdem qualitatis, corpore aliud; vi & potestate idem est. Quibus enim in rebus mutuum consistit, hæ in suo genere mutuo idem præstant; qua ratione & in suo genere functionem recipere dicuntur, & quidem magis in suo genere, quam specie: de quo dictum est in *L. 2. §. 1. sup. eod.* Ut autem illud, *quod*, interpretemur *quale*, ratio sermonis non patitur: est enim, *quod*, relativum substantiæ, non
3 qualitatis, ut Grammatici docent. † Adiicitur *vinum id petitum per iudicem:* quo omnes hoc dici intelligunt, & recte: *vinum petitum esse iudicio.* Sed quam recte per iudicem peti dicatur, quod iudicio petitur, videamus: neque enim per aliquem dicimur quid petere, nisi per eum cuius opera in eo petendo utimur, atque adeo per eum, quem adhibemus, ut petat nostro nomine: uti & per aliquem gerere quid dicimur, cum is nostro nomine & mandatu gerit. *L. 5. §. gessisse, infr. de admin. tut.* Quid ergo, cum iudicio quid petitur, an videtur iudex petere actoris nomine, ac non actor ipse aut per se aut per procuratorem, & similes alienarum rerum administratores? non enim qui alieno nomine agant, alii nominantur. *Inst. de iis per quos ag. poss.* Et omnino ita res habet, ut quod iudicio petitur, etiam interposita iudicis opera ac veluti petitione intelligatur peti, eoque & ex superiore ratione recte per iudicem peti dicatur. Iudicem hic magistratum intelligimus, aut eum qui aliam iurisdictionem habet, ut iudicis verbum usurpatur in *L. 1. supr. de iud.* Et quidem de eo tempore, quo petitio vini est instituta, hic agitur. Hæc apud magistratum, aut eum cui iurisdictio mandata est, instituitur. Per hunc, inquam, dicitur recte peti, quidquid iudicio petitur. Iam primum instituendæ actionis initium inde proficiscitur, ut vocetur in ius adversarius. *§. ult. Inst. de pœ. tem. litig.* Ut vocetur, consequitur actor per magistratum. Sic enim ius fuit temporibus Iurisconsultorum, ut unumquemque in ius vocari oporteret iussu & auctoritate magistratus, ut colligitur ex *L. si quis ex aliena, supr. de iud. & L. cum proponas, C. de bon. auc. iud. poss.* ubi & magistratus iudex appellatur. Cum inde ad magistratum ventum est, ubi primum actio intenditur, cogiturque reus aut confiteri aut contestari litem & iudicium suscipere, ibi etiam magistratus petitio quædam intervenire intelligitur. Cum enim is actorem admittit ad agendum, vi ipsa videtur denunciare reo, ut solvat: alioqui fore, ut is condemnetur: quæ denunciatio instar petitionis cuiusdam obtinet. Denique quod iudicio recipitur, id instantia competentis iudicis recipi dicitur in *L. 3. C. de cond. ob. tur. cau.* Vinum ergo, quod mutuo datum erat, recte dicitur per iudicem petitum, quod iudicio petitum est. *Quæsitum* est, inquit Iulianus, *cuius temporis æstimatio fieret.* Nempe hoc ita quærit, quia vult intelligi æstimationem alicuius temporis in condemnationem venire, ut deinceps quærendum sit, *cuius temporis.* Hic vero statim occurritur, male hoc supponi & contra ius: quapropter & ineptam esse quæstionem. Vinum petitum esse proponit, quod mutuum datum erat: & de vino condemnatio esse debuit, non de vini æstimatio-

tione: cum certi iuris sit, ut ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest: *L. ut fundus, supr. com. divi.* sic cum res aliqua petita est, in eam ipsam rem condemnationem iudicis esse debere, non in rei æstimationem: quod diserte cautum est in *L. ult. ver. talem, C. de fid. lib.* Et prius certum est ultra id quod in iudicium deductum est, excedere non posse potestatem iudicis: cum non sit alia potestas iudicis, quam ut sententia sua finem imponat rei controversæ. *L. 1. infr. de re iud.* non sit autem res controversa, nisi ea
4 quæ in iudicium deducta est. † Posterius de condemnatione in rei petitæ æstimationem non facienda ita verum est: nisi quid necesse sit propter rem petitam quæri, pronunciarique de eius æstimatione: quod ita fit, si aliter creditori satis fieri non potest. Nec cum id fit, videri debet iudex excedere id quod in iudicium deductum est. Omne enim iudicium eo spectat, ut actori de eo quod petit, satisfiat. Quare si ei aliter de re satisfieri non potest, quam si æstimationem consequatur, hoc ipsum etiam ut de ea statuatur, in iudicium deduci intelligendum est. Quod dico, ex his, quæ sunt notissima, potest intelligi. Quid enim, si res petita post moram perierit, veluti res furtiva? Hic constat reum in æstimationem condemnari: quia scilicet ita est necesse, si eum damnari, & actorem quod petit, consequi volumus: frustra enim damnetur reus in rem ipsam, quæ præstari posse desiit. *L. in re furtiva, infr. de cond. fur.* Quid, si res extet, quæ petitur, sed non sit in eius cum quo agitur, potestate: sit alicua puta, & dominus eam non vendat, aut nimio vendat? Recte visum est iniquum esse, condemnari reum in eam rem, quam præstare non possit. Ex quo hoc relinquitur, ut in æstimationem rei damnari debeat: quod & placuit. *L. si domus §. qui confitetur, infr. de legat.* 1. Quæ si in his caussis condemnatio recte recepta est: ne dubitemus & tunc eam probandam esse, cum res petita extabit, & a debitore præstari poterit, si præcedentibus temporibus aut maior æstimatio rei fuit, aut minor, quam nunc est: & nisi aliqua præstita ei satisfieri, aut reo consuli non licet. Iam vero cum singulorum temporum variæ sint æstimationes, nec omnes omnium temporum præstari possint, & tamen unam unius alicuius oporteat præstari: omnino necesse est quæri, vino petito, cuius temporis æstimatio facienda sit: utrum ne præsentis quo res iudicatur, an præcedentium, & ex his cuius potissimum. In summa, cum res aliqua iudicio petita est, in eam ipsam rem condemnationem fieri convenit, si & res extat, & præstari potest, & ita præstari potest, ut nihil amittat creditor de præcedentium temporum æstimatione, quam quidem æquum sit ei præstari. Quod si aut non extabit res, aut non poterit præstari a debitore, aut etiam commutata eius æstimatio est: hic necesse est condemnationem fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Ex quibus postremum cum in vino & similibus mercibus, ut oleo, frumento fere contingat, quarum æstimationem singulis pene temporibus, & locis varie commutari solere constat: *L. 3. infr. de eo quod cer. loc.* merito in his quæritur, cuius temporis æstimatio sequenda sit. De eo ita respondet Iulianus ex Sabini sententia: *si dictum esset, quo tempore vinum redderetur:* tanti æstimandum *quanti tunc fuisset; si non esset dictum:* † *quanti tunc cum petitum esset.* 5
Quod sic interpretandum est: quanti fuisset tunc, cum lis contestata esset: his enim verbis eadem sententia Sabini & Cassii refertur in *L. ult. infr.* de cond. trit. *tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari deberet; si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur.* Petendi quidem verbum etiam ad ea refertur, quæ petuntur extra iudicium. *L. si decem, infr. de verb. obl. L. item veniunt, §. petitam, supr. de her. pet.* Sed proprie id significat, quod iudicio petitur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Unde petitio pro actione in *L. exstat, supr. quod met. cau.* Hoc quidem loco aliter accipi non potest. Quæsierat enim Iulianus de tribus temporibus, quodnam ex his spectandum esset: idne cum mutuum datum esset, an cum lis contestata fuisset, an cum res iudicaretur. Ineptus sit plane, si de his silens, de aliis de quibus nihil quæsitum est, respondeat. Postremo in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* hæc sententia generalis traditur: in strictis iudiciis cum quæritur quanti res sit, litis contestatæ tempus spectari. Habes responsum, ut quidem verba sunt, scriptum non obscure: verumtamen eiusmodi, ut initio dixi, quod præcipue revocetur in dubium, & ita revocetur, ut non de alia sententia inter interpretes minus conveniat. Nunc igitur si placet, illam accuratius expendamus. † Et quisquis 6
superiora illa tempora duo spectanda esse dicit, quo vinum ex conventione reddi debet, & quo agitur, seu lis contestatur:

eadem

eadem opera cætera omnia removet; negatque spectandam esse æstimationem, quæ fuerit aut cum res contracta est, aut cum mora facta est, aut cum res iudicatur, aut ullo intermedio tempore. Nam si quod ex his spectemus, non spectamus diem constitutum, aut tempus litis contestatæ. Hæc autem spectanda esse volumus, hoc loco, & *L.* 3. *supr. de cond. trit.* Cætera igitur spectare non possumus. Hæc sententia cum verbis veterum iuris auctorum dilucide expressa est; tum vero per se, ne quis ut iniquam repudiet, æquissima est. Meminisse enim oportet, cum vinum ex mutui caussa debetur, nullius certi temporis vinum deberi, proinde nec ullius certi temporis æstimationem: præterquam si aut dies solutioni dictus sit, aut lis sit contestata. In die constituto aperta conventio facit, ut eius temporis vinum præstari debeat, quæ conventio ex edicto servanda est. *L.* 7. §. *ait, supr. de pact.* In lite contestanda intelligitur id vinum peti, quod fuit eo tempore; in quam petitionem & reus consentit, iudicium accipiendo: in quo inest tacita conventio: ex quo & tale quidque dari debere placet, quale est, cum petitur. *L.* 2. *infr. de usur.* Ut igitur ex incertitudine illa temporum, quibus vinum simpliciter mutuo datum reddi potest, rei præstatio ad certa tempora revocatur conventione, & litis contestatione; sic iisdem de caussis. & propter rem eius rei æstimatio ad eadem tempora revocari intelligenda est. Si quis igitur de singulis temporibus separatim roget, commode ita respondebimus, Cur non spectatur æstimatio, quæ fuit, cum res contrahebatur? quia eius temporis vinum non debebatur magis, quam cæterorum. Cur non spectatur tempus moræ? eadem ratione, quia nec eius temporis vinum debebatur. Cur igitur spectamus æstimationem diei constituti potius? quia ita convenit: præstatio enim in id tempus nominatim collata est, ut sciretur utilitatis eius temporis habitam esse a contrahentibus rationem, arg. *L.* 4. *in pr. supr. de eo quod cer. loc.* Cur ergo nullo die nominatim adiecto spectamus tempus litis contestatæ, de quo aperte nihil convenit? Iam dixi, tale quidque iudicio præstari debere, quale est, cum petitur tacita iudicii suscepti conventione. *d. L.* 2. *infr. de usur.* Quo efficitur, qualis æstimatio eo tempore fuerit, talem quoque esse præstandam. Cur non spectatur tempus rei iudicatæ, & quæ præcedunt? Quia non est petitum vinum, quod fuit tempore rei iudicatæ, aut præcedentibus, eoque nec æstimandum: nihil enim deducitur in condemnationem, nisi quod in iudicium deductum est, aut eius æstimatio, *d. L. ut fundus, supr. com. divi. d. L. ult. C. de fid. ins.* Quid, si vinum pluris fuerit, quo tempore mora facta est? Quid, si pluris cum res iudicatur? Quid, si pluris intermediis temporibus? Nihilominus tempus litis contestatæ spectandum esse dicimus: quia semper verum erit, superiorum temporum vinum uti non debebatur, sic nec in iudicium deductum esse, proinde nec eorum temporum æstimationem in iudicium venire; ut efficiatur hæc sententia, si non convenit, quo die vinum redderetur, spectandum esse omni modo tempus litis contestatæ, sive vinum eo tempore plurimi fuerit, sive minimi. Quod ita esse non dubitabimus, si statuerimus verum esse quod multis locis confirmatur, & verissimum est; quoties æstimatio rei alicuius lege ad certum tempus refertur, ut dicatur æstimandum, quanti res sit eo tempore; toties id observari, ut sive postea interesse creditoris desinat, sive incipiat pluris minorisve interesse, nunquam actio locum habeat vel ad augendam æstimationem, vel ad minuendam. Definitio prope expressa in *L. ubi, in fin. supr. de edend. L. quia autem, in fin. supr. si quis caut.* Sed ad totius superioris distinctionis & sententiæ confirmationem præcipue valet Celsi ratio tradita in *L. si Calendis, infr. de re iud.* Ibi cum respondisset Celsus; *si Calendis fieri aliquid stipulatus sim, tanti litem æstimandam, quanti interfuit mea Calendis id fieri:* hanc rationem reddit: *ex eo enim*, inquit, *tempore quidque æstimatur, quo solvi potuit*. Non dicit, videtur æstimandum; sed sine hæsitatione & generaliter, *æstimatur:* in quo eum sententiam iuris explorati usurpasse apparet: habetque ea sententia hanc rationem. Nam quæ tempora novissimum solvendi tempus antecedunt, debitori libera sunt ad solvendum; alioqui ipsa essent ad solvendum novissima: ideo nec ullius eorum æstimatio a debitore exigenda, qui nullo eorum solvere cogebatur. Quæ autem tempora consequuntur, omnia sunt eiusmodi, quibus iam debitor solvere non possit, quo liberetur: non enim alia de caussa dicitur novissimum seu ultimum solvendi tempus, quam quod alia ad solvendum non sequuntur. Porro novissima solvendi tempora duo sunt: dies constitutus, & tempus litis contestatæ. Diem constitutum in eo numero a Celso haberi, ex eius responso constat: de eo enim ex facto.

facto quærebatur. Et est huiusmodi ex proposito & cogitatione contrahentium: eius enim diei utilitas conventione quærebatur. Tempus autem litis contestatæ ideo novissimum est solvendi tempus, quia usque ad id tempus moram purgare licet offerendo: postea non licet. *L. si Insulam infr. de verb. obl.* quorum de utroque plura ad *d. L. si Calendis*, scripsimus. Superiori igitur definitioni consequens est, ut hæc ipsa duo tempora in re æstimanda spectanda esse dicamus, &
7 sola spectanda, quod fit hoc loco. † Ex his apparet, quid iudicandum sit de interpretatione Accursii & Bartoli ad hunc locum & similes: qui eorum hanc sententiam esse dixerunt, vini æstimationem crescere post moram: seu vinum tanti æstimandum esse, quanti plurimi fuit a tempore moræ usque ad rem iudicatam ut tempus etiam rei iudicandæ includatur. Quæ sententia usque adeo est huic responso contraria, ut non tam ad interpretationem eorum, quæ hic scripta sunt, quam ad certam reprehensionem & irrisionem iuris auctorum, qui illa scripserunt, excogitata videatur. Iulianus ait, sine conventione unum tempus esse, ex quo vinum æstimetur; illi infinita, prout quoque tempore res erit plurimi. Iulianus certum tempus dicit, quod spectetur, nimirum litis contestatæ; illi negant hoc tempus esse spectandum, si alio tempore pluris res fuit. Iulianus simpliciter ait tempus litis contestatæ spectandum; illi addunt conditionem, si modo eo tempore vinum plurimi fuerit: neque vident, si hæc conditio intelligenda est, eodem modo dici potuisse, tempus rei iudicatæ spectandum esse, aut tempus moræ, aut quodvis aliud: quia quovis posito, statim intelligeremus eandem conditionem, si modo eo tempore vinum plurimi fuisset. Iulianus duo tempora hic enumerat, quorum æstimatio spectetur; illi dicunt stultum esse Iulianum, qui uno verbo rem explicare potuerit, ut diceret, rem æstimandam esse ex eo tempore, quo vinum plurimi fuit post moram. In qua interpretatione cum tam multa peccata sint, tamque animadvertenda: omnia concurrunt, cur eam magnopere reiicere debeamus. Sed verba veterum retinentibus nobis, incurrit definitio huius loci in varias reprehensiones. In quibus amoliendis magnam difficultatem esse scio. Ita & alii loci, ilque varii, & rei æquitas stare adversus eam sententiam videntur. Et fateor, qui ea quæ contra dicuntur, recte expedire posset, lectum a me esse neminem. Nec dubium est, quin ea difficultate impediti tam multi in contrariam sententiam transierint. Non enim erant tam supini, ut quid hic scriptum esset, non attenderent; aut tam imperiti, ut significationem verborum alloqui usitatorum, & respondentium morem, qui de quæstione respondere solent, non intelligerent. Sed cum, ut dixi, contrariorum locorum & contrariæ æquitatis specie tenerentur, qua se expedire non poterant: maluerunt contemptis verbis huius loci & similium, eam sententiam affingere Iuliano, quam esse aliorum locorum putabant; quam verbis inhærentes sententiam & æquitatem opinione sua certam amittere. Ego autem spero me planum facturum nihil esse in ratione æquitatis, aut aliorum locorum iuris, quod adversus distinctionem huius loci, & eam sententiam, quam supra posuimus, sit nobis metuendum: totam denique & iuris & æquitatis rationibus quam maxime convenire. Quoniam autem iis locis quibus oppugnatur hæc distinctio, non unum statuitur tempus diversum ab his, quæ hic definiuntur: sed in locis illis hæc varietas occurrit, ut aliis videatur statui tempus contractus, cuius æstimatio sumatur; aliis tempus moræ; aliis id omne quo res plurimi fuit post litem contestatam; aliis tempus rei iudicatæ seu condemnationis (qua in varietate & repugnantia non magis illi cum hoc loco, quam ipsi inter se dissidere & sese mutuo confodere videntur). Sic, puto, commode res tota explicabitur, si in his diluendis sequamur ordinem eorum temporum quæ proposui, & quid pro singulis contra afferatur, consideremus: quod iam faciam, ac de singulis ordine respondebo. † Primum igitur negamus, cum vi- 8
num petitum est, & æstimatio iure præstanda est, æstimationem faciendam esse eius temporis, quo res contracta est, seu quo vinum datum est. Ac de eo etiam fere inter omnes convenit.

Sed tamen hic quidam loci nos morantur, qui ad eius temporis æstimationem revocare rem videntur. Hi sunt numero sex: quorum de tribus prioribus facilior responsio est; de tribus reliquis non ita expedita. Primus locus est in *L. 3. supr. eod.* quod enim illic traditur vinum mutuo datum reddendum esse eadem bonitate, qua datum est; hoc efficere videtur, ut reddi etiam debeat eadem æstimatione. Sed nihil minus, quam hoc ex illo efficitur: continenturque ista rationibus non tantum dissimilibus inter se, sed etiam contrariis. Quod quia expedivi pluribus,

ribus, & ut mihi videtur, dilucide ad *L.* 3. *supr.* ideo hic summam tantum perstringam, quae ad veram responsionem sit satis. Vinum reddendum est eadem bonitate, qua datum est: quia una cum vino etiam bonitas data est. Inest enim haec in re natura, nec potest ab ea separari. Ex mutuo autem id reddi debet, quod datum est. Contraria de caussa vinum eadem aestimatione reddi non debet: quia vinum datum est, non aestimatio: quippe aestimatio rei extra rem est, tantumque abest, ut bonitatis rei pars sit, ut ne ex bonitate quidem rei nascatur. Augentur enim minuunturque istius generis rerum pretia non tam ex bonitate, quam ex earum rerum copia aut inopia. Porro ut ex mutuo reddi debet, quod datum est: ita non debet, quod datum non fuit, etiam si videatur id fieri cum aliquo incommodo creditoris: id enim actum est, ut ad *d. L.* 3. expofuimus.

9 Secundus in eandem sententiam † locus est *L. fundum*, *infr. de nov.* ubi si quis stipulatus sit, quanti est fundus Tusculanus, placet non solum aestimationem fundi deberi, de quo constabat; sed etiam si fundo meliore aut deteriore postea facto agatur, & quaeratur cuius temporis aestimatio sequenda sit, eam sequendam; quae huius stipulationis tempore fuit. Neo quisquam dicat illic aestimationem ipsam deberi, ut quae sola in obligationem deducta sit; nos de ea obligatione agere, in qua vinum debeatur, non vini aestimatio. Nam etsi cum vinum mutuo datum est, aperta conventione nihil aliud debetur, quam vinum; tamen id agitur, ut vini etiam aestimatio debeatur, si id quandoque suo tempore non praestetur. Alioqui nec ea aestimatio unquam in condemnationem deduceretur: quod contra fieri hic responsum est. Quid autem refert, quomodo debeatur aestimatio rei mutuo datae, si modo ex mutui caussa debetur? Fatendum est nihil referre, ut debeatur. Sed ut alia atque alia debeatur, inter apertam obscuramque voluntatem contrahentium multum interest. In aperta voluntate ubique id sequimur, quod verbis expressum est, nec adversus rem manifestam coniecturas quaerimus. *L. eum qui Calendis*, *infr. de ver. obl. L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. iur.* Itaque etsi in mutuo ita convenisset, ut si sua die vinum non redderetur, praestaretur ea aestimatio, quae fuisset tunc, cum vinum mutuo dabatur, hanc conventionem sequeremur. Non mirum igitur, si ex hac regula placet in supra scripta stipulatione aestimationem deberi, quae fuit tempore stipulationis. Haec enim sola in stipulationem nominatim deducta erat: quoniam haec verba, *quanti fundus est*, non solum aestimationem significant, sed etiam ad eius temporis, quo stipulatio fit, aestimationem referuntur. At cum vinum datum est, etsi de eius aestimatione aliquando praestanda actum est; tamen tacite id fit, cum verbis nihil amplius contineatur, quam ut vinum reddatur. In obscura voluntate id sequimur, quod credibile est actum esse, idest, sensisse contrahentes. *d. L. eum qui Calendis*, *de ver. obl. L. cum in testamento*, *infr. de reb. dub.* Creditum est autem id agi, ut si dies adiectus sit, quo die vinum redderetur, eius temporis vinum redderetur, aut eo non reddito, eius temporis aestimatio: nullo autem die adiecto, ut redderetur vinum quo tempore id iudicio petitur: si minus, ut eius temporis aestimatio praestaretur.

Tertius locus † affinis superiori est *L. hominem*, *infr. mand.* ubi si fideiussor hominis certi eum hominem solverit pro debitore: placet Africano, cum mandati agetur, aestimationem eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debere: proinde ad tempus contractus, non litis contestatae. Nam *cum agitur*, valet, cum lis contestatur, seu iudicium accipitur, ut hic. Quo autem tempore homo promissus solutus est a fideiussore, id tempus est, quo obligatio mandati contraria inter fideiussorem & debitorem contracta est. Tunc enim incipit debitor fideiussori teneri, cum fideiussor pro eo solvit: sine magna causa non ante. *L. si pro ea*, *C. man.* Sed & hic locus ut superiori similis, ita plane eandem rationem habet. In istam enim obligationem mandati venit non homo solutus, sed iam ab initio eius aestimatio, quam propterea perpetuo deberi & peti posse ibidem scriptum est, quamvis homo solutus mortuus fuerit. Quod fieri non posset, si homo in obligatione esset, ac propter hominem debitum peteretur aestimatio. *L. quod te*, *supr. hic*. Ideo autem reus principalis hominem a fideiussore solutum fideiussori non debet, quia fideiussor creditori eum solvendo aperte id egit: ut apud eum maneret. *L. qui sic solvit*, *infr. de solut.* ergo non ut ab eo repeteret, multoque minus a debitore, cui ipse nihil dedit, & quem eo facto praecipue liberatum voluit. Ita si quid debetur fideiussori, eius solutionis nomine, necesse est rei solutae aestimationem deberi, quod & actum est. Sed ut dixi, in his tribus locis minus labora- 10

tur, qui, ut apparet, in dissimili re versantur. Qui sequuntur plus difficultatis habent omnino. Sunt enim & de re ipsa in obligationem deducta scripti, non de rei æstimatione, & verbis præterea de æstimatione facienda ita concepti, ut videantur aperte æstimationem ad id tempus revocare, quo res contracta est.

11 Quartus ergo † locus vicinus superioribus est *L. cum quis*, infr. de obl. & act. *Cum quis*, inquit Africanus, *in diem mercem stipulatus, fideiussorem accepit, eius temporis æstimatio præstanda est, quo satis acceperit.* Atqui id tempus quo creditor satis accepit, est id tempus quo fideiussor se ei stipulatione pro reo obligavit, idest, quo cum creditore contraxit. Ita vult Africanus adversus fideiussorem æstimationem eius temporis spectandam esse, quo res cum illo contracta est, quod negamus. Nec dubium est, quin cum mercem nominat, vinum, oleum, frumentum, & res similes intelligat. Hoc enim verbo hæ res appellantur in *L. ult. infr. de cond. trit.* de vino autem debito æstimando nunc agimus. Et negandum non est hæc verba, *quo satis acceperit*, ex significatione verborum & usu loquendi recte referri posse ad id tempus, quo fideiussor fidem suam interposuit stipulanti promittendo: tunc enim vere creditor satis accepit. Sed possunt sic quoque accipi, ut exaudiatur id tempus, quo se soluturum fideiussor promisit. Ambigua enim hæc oratio est, eoque sermone utrumque tempus significatur, & maxime posterius: similiter ut cum dicimus eum locum spectari, quo contractum est, eum locum intelligimus, non quo negotium gestum est, sed quo pecunia ex conventione solvi debuit. *L. 3. infr. de reb. auct. iud. poss. L. contraxisse, infr. de obl. & act.* In ambiguo sermone non utrumque dicit, qui scribit, sed id solum quod voluit. *L. 3. infr. de reb. dub.* Utrum igitur sensisse Africanum intelligimus? nempe quod prudentiæ eius conveniit, & quod in ambigua oratione legis accipere iubemur: idest, quod vitio caret. *L. in ambigua, supr. de legib.* Atqui si ea verba, *quo satis acceperit*, sic interpretamur, quo fideiussio interposita est, vitiosissima sententia efficitur: non quia huic loco repugnans, sed quia notissimis regulis fideiussoriæ obligationis, & certæ naturæ accessionis adversatur. Quid enim, si quo die fideiussor ante diem principalis obligationis acceptus est, merx pluris fuit, quam cum principalis obligationis dies venit? consequens erit Africani sententiæ fideiussorem in maiorem summam teneri, quam reum principalem: quod aperte falsum est, & natura accessionis non recipit. *L. Græce, §. illud, infr. de fid. §. fideiussores, Inst. eod.* Idemque eveniet, si postquam dies principalis obligationis venit, fideiussor ita interveniit, ut quo tempore is dies venit, minor fuerit æstimatio mercis, quam cum fideiussor se obligavit, atque huius temporis æstimatio a fideiussore præstanda est. Quod si contra hæc verba, *quo satis acceperit*, sic accipimus, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fideiussor se obligavit, ut velit Africanus eius temporis æstimationem esse præstandam: omnia sunt in ea sententia & distinctioni huius loci, & naturæ obligationis fideiussoriæ consentanea, idest, rectæ rationi & prudentiæ Africani convenientia. Sic enim de fideiussore respondendo, vi ipsa hæc dicere intelligitur: Primum fideiussorem simpliciter acceptum, in eam diem, in quam reus promisit, in eandemque caussam acceptum videri: deinde merce ad diem non soluta, condemnari reum in æstimationem eius temporis: quæ sententia est veterum hic tradita. Hinc fieri quod illic responsum est, ut fideiussor qui eius obligationis accessio est, & eodem iure utitur, in huius ipsius temporis æstimationem condemnari debeat: quæ omnia sunt ex certo iure civili. Quare isto modo responsum Africani accipiendum est, ut recte Azo & hunc secutus Accursius acceperunt: quo sensu non offenditur quod hic traditur, sed maxime confirmatur.

Quintus † locus ad eandem rationem pertinens est *L. 3. §. ult. infr. de act. empt.* ubi diserte scriptum est; *si per venditorem vini mora facta sit, quominus vinum traderet; condemnari eum oportere, quanti vinum fuit eo tempore, quo venit, si eo tempore pluris fuit, quam quo lis in condemnationem deducitur.* Quo *vinum venit*, inquit Pomponius: id est, quo vinum venditum est. Id autem sic interpretandum omnino videtur, quo venditio contracta est: vendere enim vinum, & venditionem vini contrahere idem valent. Sed ne hoc modo accipiamus, quod tamen vulgo fecerunt, diligenter cavendum est. Si enim illic in vino vendito æstimando tempus contractus spectari volumus, alterutrum dici necesse est, aut ideo id fieri, quia in bonæ fidei iudiciis hoc ita observatur, qualis est venditio; diversum autem in strictis iudiciis, quale est mutuum: aut quia in specie illic proposita mora a venditore facta erat iam a principio, cum vinum vendebat. In bonæ fidei 12

dei iudiciis cur spectetur potius tempus contractus, quam id quo res vendita ex conventione tradi debuit, aut tempus litis contestatæ, neque ratio reddi potest, & quominus etiam id fiat, ipsa iudiciorum natura refragatur. Nam si quo in genere contractus dies constitutus observandus est ex conventione, id præcipue in bonæ fidei iudiciis faciendum est; quia nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. *L. ex empto, infr. de act. empt.* dies autem solutioni cum dictus est, ad eius diei utilitatem cogitationem retulisse contrahentes manifestum est. Arg. in *L.* 4. *in pr. infr. de eo quod cer. loc.* Et quid, si pluris vinum fuit eo tempore, quo tradi debuit, aut pluris tempore litis contestatæ, quam cum venditum est: nonne erit contra bonam fidem, & eorum iudiciorum æquitatem spectari potius æstimationem eius temporis, quo res contracta est cum iniuria emptoris? Tum autem in *L. ult. infr. de cond. trit.* generalis hæc definitio est non ad unam speciem contractus, sed ad omnes pertinens; *si merx aliqua, quæ certa die dari debebat, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam, quanti fuisset eo die quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur.* Iam vero etsi maxime in aliis contractibus omnibus æstimationem eius temporis sumere liceret, quo res contracta est; tamen in venditione de qua agitur, id facere non licet. In hac enim proprie hoc servatur, ut simul atque contracta est, uti commodum omne, sic incommodum & periculum rei a venditore in emptorem transeat: ut si res postea aut deterior facta sit, aut minoris esse cœperit sine culpa venditoris, emptoris hoc damnum sit, non venditoris. *§. cum autem, Inst. de empt. & ven. L.* 1. *infr. de per. & com. rei vend.* Quod contra evenire necesse est, si vino deteriore aut viliore postea facto, placet venditorem æstimationem præsentis temporis præstare debere. An ergo potius in suprascripta specie *L.* 3. *§ ult. de act. empt.* ideo dicemus spectari æstimationem eius temporis, quo res contracta est, quia eodem tempore iam a principio mora facta erat a venditore? Sed primum unde id factum colligitur? Dicitur per venditorem vini mora fuisse, quominus traderet. Ideone factam ab eo intelligimus, cum vinum venderet? At potuit postea facere & multo post. Neque vero statim facere potest, aut solet. Non enim statim vinum petitur: & quamvis peteretur, tamen aliquod tempus intervenire oportet, intra quod vinum expediri possit. Quod priusquam præterierit, nec vinum peti, nec venditor moram facere videri potest. *§. ult. Inst. de inut. stip. L. sciendum, infr. de usur. L. nulla, infr. de reg iur.* Idque ita est, etsi venditor statim pretium accepisset. Quod enim actor id numeravit, non facit, ut ideo citius sibi vinum tradi velit; aut ut venditor possit citius, quam per rerum naturam conceditur. Nec quia vinum statim non traditur, ea res damnosa est emptori, ad quem statim a principio commodum omne rei venditæ pertinet, quandocunque ei res tradatur. Ac demus etiam in ea specie moram iam a principio a venditore factam esse, ut illic idem sit contractus tempus, & moræ; non ideo tamen tempus contractus illic spectandum esse dixeris propter moram. Non enim magis in vino vendito, quod mora facta petitur, æstimatio ad tempus moræ revocanda est, quam in vino mutuo dato, ut in ratione huius temporis explicanda postea ostendemus. Quid ergo est? Recte Dynus & Petrus, quorum sententiam Bartolus refert, qui hæc verba, *quo vinum venit*, sic acceperunt, ut sit, quo vinum ex venditione tradi debuit. Neque enim concedendum est Bartolo hanc interpretationem repudianti, quod dicit solutionem hanc esse quandam divinationem. Interpretatio non tantum ex usu iuris petita est, sed etiam ex eo ipso responso Pomponii non obscure sumitur. Iam supra dixi locum quo contractum est, etiam eum intelligi solere in usu iuris, ubi pecunia solvi debet: *L.* 3. *infr. de reb. auct. iud. pos.* consentaneum igitur & tempus quo contractum est, seu quo res veniit, sic recte accipi, quo res solvi debuit. Sed parum hoc sit, nisi liqueat Pomponium id ipsum sentire: comparat enim tempus quo vinum venit, cum loco quo vinum venit, his verbis: *condemnari venditorem oportet utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.* At locum quo vinum venit, postea interpretatur locum quo vinum tradi debuit: sequitur enim paulo post: *item non oportet* (supple tantum) *eius loci pretia spectari, in quo agatur, sed eius ubi vina tradi oportet.* Quare & tempus, quo vinum venit, eodem modo interpretari debemus. Alioqui pessime compararetur locus quo vinum tradi debuit, cum tempore non quo item vinum tradi

tradi debuit, sed quo venditio facta est. Nam nec tempus ipsum quo vinum tradi debuit, cum alio tempore, quo venditio facta est, recte compararetur: quanto minus recte conferantur inter se locus & tempus, si præterquam quod re hæc diversa sunt, etiam qualitatis dissimilitudo hæc accedat, ut locus sit is, quo venditio facta est, non quo vinum tradi debuit, tempus autem id, quo vinum tradi debuit, non quo venditio contracta est? Haetenus ergo is locus cum hoc loco congruit.

13 Sextus † locus restat liquido, ut videtur, æstimationem eius temporis quo res contracta est, statuens, *L. quoties in diem, 59. cum L. seq. infr. de ver. ob.* Illic traditur: *Quoties in diem, vel sub conditione*, vel certo loco qui tacite diem habet, *oleum dari quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti posse.* His verbis continetur, etsi quis pure oleum sit stipulatus, eius temporis æstimationem spectari oportere, quo stipulatio contracta est. Nam & tunc, cum dies non adiicitur, statim dies obligationis venit, & statim pecunia peti potest. *§. omnis, Inst. de ver ob. L. cum qui Calendis, §. 1. infr. eod.* Nec dubito, quin id ipsum colligatur omnino, & eadem ratione, qua prius illud, recte dicatur. Quo posito difficile est statuere, an quidquam videri possit pro æstimatione temporis contractus adversus distinctionem huius loci apertius. Sed quis esset sensus illius loci, in eius explicatione pluribus ostendimus. Ex quo etiam poterit intelligi, quam nihil huic distinctioni, quam tractamus, adversetur. Summa autem hæc est: Quod illic dicitur, *æstimationem eius temporis spectari oportere, quo dies obligationis venit seu cum peti potest*, non sic accipiendum esse, quasi æstimatio spectanda sit eius temporis, quo primum dies obligationis venit, aut cum primum peti potest; sed ut intelligatur indefinite dictum, cum peti potest, uti & verba concepta sunt. Ut sit sensus, cum oleum in diem aut sub conditione promissum est, & dies venit, aut conditio extitit, si de æstimatione agatur, in quam reum condemnari oporteat, quæraturque in cuius temporis æstimationem: nunquam debere spectari æstimationem præcedentium temporum, quibus nondum dies venerat, & quibus nondum peti poterat, sed solum eius, quo peti potest: id est, eius quod diem constitutum, & conditionem impletam secutum est. Num ergo & huius temporis ita æstimatio spectanda est, ut spectari possit cuiuslibet, quo peti potest? Non efficitur hoc superioribus verbis. Satis est enim ex his temporibus, quibus agi potest, alicuius æstimationem fieri, ut dici possit, fieri æstimationem eius temporis, quo agi potest. Et certe omnium temporum, quibus agi potuit, æstimationem dicere esse spectandam absurdum est, cum natura plus uno sequi non possimus. Unius ergo ex omnibus æstimationem faciendam esse & eius quod certum sit, intelligere debemus. Restat, ut quæramus, cuius potissimum. Id illic prætermissum definiendum est ex hoc loco. Et certe non aliunde melius aut certius eius rei explicationem sumere possumus, quam ab eodem auctore. Est autem & illius responsi & huius quod interpretamur, idem auctor Iulianus. Neque vero probari potest optimum auctorem & peritissimum iuris ignorasse, quid hic iuris esset, & ita ignorasse, ut in eo pugnantia scriberet: Sed omnium minime probandum est id eum fecisse in ea re, de qua extaret certa sententia Sabini & Cassii ipsi notissima, cum esset ipse Sabinianus, ut testis est; Pomponius in *L. 2. in fin. supr. de orig. iur.* Ac de tempore contractus dictum est; & effectum, in vino debito æstimando quocunque ex genere contractus debeatur, eius temporis æstimationem faciendam non esse, quo res contracta est.

De tempore † moræ præcipua nobis est 14
cum interpretibus vulgaribus contentio. Hi magno consensu docent ad hoc tempus referri debere cuiusque rei debitæ æstimationem, non ut æstimetur res ex eo tempore solum, quo primum mora a debitore facta est, sed ex omni eo, quo debitor moram facere perseverabit, siquidem & eo res sit plurimi, ut id spectari creditori expediat, noceat debitori: & in summa mora facta ita reum condemnari in æstimationem rei petitæ, ut in æstimatione facienda spectetur id tempus, quo res unquam plurimi fuerit, ex quo mora facta est: si modo & eo tempore quod spectari volumus, debitor in mora esse pergat, utpote mora non purgata. Hoc illi si dicerent de re certa, seu de tempore certo & specie promissa, veluti Sticho, recte dicerent. Et ipse concedo in hoc genere ad tempus moræ redigendam esse æstimationem, ut quanti plurimi res fuerit postea, tanti lis æstimetur: quæ sententia expressa est in *L. 3. infr. de cond. trit. L. in re §. 1. infr. de cond. fur.* Sed quæstio proposita est de vino quod mutuum datum erat, idest, de vino quod

in

in genere, non certa specie debebatur. *L. 2. supr. eod.* Ad hoc etiam genus illi definitionem eandem accommodant: quod nunquam fecissent, reclamantibus tam notis & apertis locis, ut hoc loco, & *L. ult. infr. de cond. trit.* si istarum rerum dissimilitudinem satis percepissent, quam illos fugisse certum est. Nos autem ita constituemus: in vino, oleo, frumento, & similibus mercibus, quarum non certa species, sed genus seu quantitas debetur, quocunque ex contractu hæc debeantur, sive is erit bonæ fidei, sive stricti iuris: in his, inquam, recipi nec debere nec posse, ut res petita æstimetur, quanti plurimi fuit quovis tempore, quo mora facta est; sed locum esse definitioni huius loci, ut ad unum ex his duobus temporibus debeat earum rerum æstimatio referri, aut quo res ex lege contractus solvi debuit, aut quo lis contestata est, si de die nihil convenit. Id videmus, ut expressum sit hoc loco, & *d. L. 3. infr. de cond. trit.* quam efficiatur etiam ex aliis sententiis iuris certis, quamque non minus constet ratione iuris certa, initio ostendimus. Quod quoniam vulgo in his etiam rebus non ancipiti aliqua, sed pene explorata sententia contra probaverunt; restat videamus, quid tantum esse potuerit, quod tam multos iam olim in contrariam istam sententiam traheret. Ac ne eam propter ea quæ diximus, statim contemnamus, aut eos qui sequuntur, statim turpis imperitiæ damnemus; fatendum est proclive admodum fuisse in hac re decipi, nec omnino temere esse, quod de tempore moræ ubique æstimando etiam cum de vino agitur, statuerunt. Quo & illi maiore venia digni sunt, & nos diligentius, quid hic cavendum sit, ne similiter labamur, attendere debemus. Defenditur autem ea sententia partim æquitate quæ certis regulis iuris de effectu moræ comprehensa est; partim auctoritate certorum locorum, quorum aliis æstimatio rei certæ petitæ ad tempus moræ aperte redigitur, aliis in vino etiam debito redigi videtur. De quibus dicam ordine.

15 De æquitate ergo huius † iuris hæc illorum ratio est. Iuris regula de mora, atque æquitas hæc est, unicuique moram suam nocere debere. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur. L. hominem, in fin. infr. mand.* Noceat igitur & hic debitori in vino reddendo moram facienti, ut si ex tempore, quo mora fit, vinum sit plurimi, deinde imminutum sit eius pretium, id damnum debitor præstet. Atque in eo etiam ita argumentantur: quod vino soluto habere potuisset creditor, hoc ei mora facta præstari æquissimum est. At si vinum solutum esset, cum extra iudicium petitum est, vendidisset creditor, & pretium lucratus esset. Ergo si tum solutum non erit, idest, si debitor in mora fuerit, quominus daret: hæc eius temporis æstimatio creditori præstanda est. Confirmaturque hæc sententia pene diserte his locis. *L. sterilis, §. cum per venditorem, in fi. infr. de act. em. L. cum res, §. ult. infr. de legat. 1.* Nec ad rem pertinet, quod certum non est creditorem, si vinum recepisset, id venditurum fuisse. Satis est quod potuit vendere, ut existimetur id facturus fuisse adversus frustratorem. *d. L. cum res, in fin. de legat. 1.* iuncta *L. item si verberatum, in fin. supr. de rei vind.* Quod si postulante creditore prætlanda est æstimatio eius temporis, quo vinum petitum est propter moram: consequens est, si vini æstimatio postea creverit, eius potissimum temporis quo res plurimi fuit, rationem haberi oportere: quoniam & eo tempore debitor maxime moram facit: hac enim semel facta, quo diutius cessat debitor, eo magis moram auget, non minuit.

Hoc loco de moræ potestate nostra hæc defensio est: non si mora sua unicuique nocere debet, qua sententia nihil potest dici æquius; ideo eius temporis quo mora per debitorem facta est, æstimationem esse præstandam. † Male enim accipitur 16 regula iuris, si ita accipitur, quasi mora debitori in omni re nocere debeat; alioqui mora facta debitor quidvis præstare cogatur: puta pœnam ingentem, quam non promisit, aut res alias quaslibet, quas creditori pro eo quod ante debebatur, visum erit petere: quod neque veteres senserunt, neque regula significat, & per se est iniquissimum. Qua in re ergo mora nocet? in re debita nimirum, ut quam rem quisque debuit, cum ab illo petita est, hanc ille mora facta perpetuo ita debeat, ut nullo interitu eius rei, nullo casu quo res deterior aut vilior facta est, liberetur, quominus qualis res post moram aliquando fuit, talem debeat præstare, aut si rem non potest, debeat eius æstimationem. Hanc esse sententiam eius regulæ declaratur illa altera, qua dictum est culpam, cuius species est mora, perpetuare obligationem. *L. si servus, §. sequitur, infr. de ver. ob.* Id enim significat, mora retineri eam obligationem quæ fuerat, non induci novam. *L. si libertus moram, infr. de oper. lib.* Et sane certis modis nasci-

nascitur quæque obligatio: proinde & certis deberi quidque incipit. In quibus cum constet non esse moram debitoris, ineptum sit putare quidquam propter moram a debitore præstandum esse, quod prius debitum non fuerit. Quo intellecto ipsa iam regula adversus illos pro nobis facere reperietur. Dicemus enim hoc modo: in re debita debitori sua mora nocet, non etiam in ea quæ debita non fuit. Ergo in æstimatione vini, quæ fuit tempore moræ, si nihil amplius interveniat quam mora, non nocebit: quoniam nec vinum eius temporis debebatur magis, quam alterius temporis: multo vero minus propter vinum æstimatio. At enim æquum est, quod creditor re accepta habere potuisset, id ei mora facta præstari. Hoc ita esse, ex his quæ modo diximus, intelligendum est, si etiam debitum fuerit, aut rei debitæ æstimatio. Quod si horum alterutrum non erit, non ideo mora facta debebitur. Argumento sunt certissimo fructus rei debitæ. Si quam enim accessionem rei petitæ præstari æquum est, illam æquum est, quæ ex re ipsa nascitur: in quo genere sunt fructus. Unde & cum accessiones præstari placet, fructus rei in hoc numero præcipuum locum obtinent. *L.* 1. *§. ex die, infr. unde vi*.
17 † Constat tamen si quid debeatur ex stipulatione, & generaliter id, quod creditoris non fuit, quamvis mora a debitore facta sit, tamen fructus non esse præstandos: *L. videamus*, *§. si actionem*, *infr. de usur.* non alia id quidem de caussa, quam quod re aliqua in obligationem deducta ipsa res debetur, non fructus. Cuius rei rationem exposui ad *L. si filiusfamilias*, *§. ult. infr. de ver. ob.* Si post moram non præstantur: quanto minus vini æstimatio præstanda est, si erit eius vini, quod non debebatur? nam ut maxime non debeantur fructus, rei tamen debitæ fructus sunt, & inde, ut dixi, percipiuntur: pretium rei ex re non percipitur, sed creditoris negotiatione. *L. venditor hominis*, illic, *pretium enim hominis*, *infr. de her. vel act. ven.* Quid ergo fiet, si æstimatio petetur ea, quæ rei debitæ non fuit? Atqui iam docui vino mutuo dato aut promisso non deberi id vinum, quod fuit, cum extra iudicium petitur. Quo fit, ut nec eius temporis æstimatio propter vinum possit deberi, eoque nec in condemnationem venire. Non est his contrarium, quod scriptum est in *d. L. cum res*, *§. ult. infr. de legat.* 1. re legata post moram perempta pretium saltem deberi. Hoc enim de pretio rei debitæ dictum est: quam rem post moram semper præstari debere non negamus, & quia præstari non potest, deberi æstimationem. *L. in re furtiva*, *infr. de cond. fur.* Sed & quod dicitur in *d. L. si sterilis*, *§. cum per venditorem*, *infr. de act. em.* etiam in vino vendito si mora per venditorem facta sit, æstimationem præstari, si vinum hodie pluris sit: non significat eam deberi, quæ maxima fuit, ex quo mora est, sed quæ fuit tempore litis contestatæ. De quo mox plura. Ac de æquitate contrariæ sententiæ dictum est.

Venio ad eos locos, quibus illa confirmatur. In quibus illi primum nobis opponuntur, quibus traditum est, si quæratur, cuius temporis res petita recipiat æstimationem, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit post moram. Diserte hoc scriptum est in *L. in re*, *§.* 1. *infr. de cond. fur.* scriptum quidem in condictione furtiva adversus furem; sed nihil hoc ad defensionem, ut dicatur hic statui aliquid, quod sit proprium furis in odium furum, ut & alia pleraque. *§. sic itaque*, *Inst. de act.* cum enim superius illud scriptum sit nominatim ratione adiecta, non quia agatur adversus furem, sed quia fur perpetuo moram facere videatur: ratio hæc satis ostendit sententiam ad omnes pertinere, qui moram in re debita fecerunt. Sed ne in hoc loco hæreamus, eadem sententia adversus omnem debitorem generaliter expressa est in *L.* 3. *infr.* de cond. trit. *in hac actione*, inquit Ulpianus, triticiariam actionem intelligens, *si res petita post moram deterior facta sit*, *etiam eius æstimatio habenda est*, *quanto deterior res facta sit*: & generaliter in his omnibus quæ ante dixerat, *post moram ad tempus moræ reducenda erit æstimatio*. Ait *in hac actione* triticiaria. Hæc autem ex omni caussa competit, præterquam si ex ea petatur pecunia numerata, *L.* 1. *infr. de cond. tri.* Et de his duobus locis, & si qui sunt similes nobis hoc responsum sit; pertinere quidem hos ad omnem debitorem, qui moram fecerit; exprimere præterea hanc sententiam, ut quanti unquam plurimi res fuit post moram, tanti debeat æstimari; sed diligenter observandum esse, quod de re ita æstimanda in utroque dicitur, de re & specie certa debita, veluti Sticho, dictum esse. In *L. in re*, *§.* 1. *de con. fur.* de re furtiva agitur: genus furto auferri non potest: sed quidquid tractatur & aufertur, id rem certam & certum corpus esse necesse est. In *L.* 3. *de cond. trit.* primis verbis videri potest quæstio referri ad omnes res debitas, etiam quæ generaliter debean-

debeantur, ut vinum, oleum, frumentum. Sic enim verba sunt; *in hac actione si quæratur:* per hanc autem actionem (triticiaria enim intelligitur) generaliter res omnes peti possunt, si quæ sint præter pecuniam, sive pondere sive mensura constent, ut traditur in *d. L. 1. eod.* Sed ex illa infinitate rerum, quæ ea actione peti possunt, aperte sequentibus verbis revocatur res ad certam speciem petitam, cum in definitione æstimationis, quæ subiicitur, adiicitur hæc conditio, *si res petita perierit, aut si facta sit deterior.* Horum enim utrumque de re solum certa dici potest; in eam quæ generaliter debebatur, eoque incerta sit, non cadit. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Falcid.* Hoc illud est, quod supra attigi; Res certa si debeatur, ut Stichus: quanticunque unquam ea fuerit post moram, tanti æstimanda est. Res incerta, ut vinum, oleum, frumentum, cuius genus debeatur, ut in mutuo, in ea caussa est, ut ex uno hoc tantum tempore æstimari debeat; diei constituti, si quis solutioni dictus est; aut litis contestatæ, si de die nihil dictum est. Et certe dignum est observatione, quod cum veteres definierunt tempus moræ spectandum esse, semper definitionem conceperunt de re certa debita, quæ post moram periisset, aut deterior facta esset. Cum autem in re aliqua dixerunt diem constitutum esse spectandum, aut tempus litis contestatæ, constanter ubique quæstionem posuerunt de vino, oleo, aut frumento, ut hac *L. & L. ult. infr. de cond. trit. & L. quoties in diem, infr. de verb. obl.* An temere hoc ab illis tam constanter factum putamus? Prudentiæ illorum non convenit ita existimari: sed potius hæc distinctio rerum tam diligenter observata certo argumento est, quod de his rebus dissimiliter statuerunt, caussam in eo fuisse, quod hæ res in dissimili caussa haberentur. Quod cum ab aliis observatum non sit, aut si est, nihil tamen putarint ad rem facere: mirandum non est, si hæc obiectio illos vicit. Videbant enim, quam esset definitio quibusdam in rebus aperte scripta, quæ rei æstimationem ad tempus moræ redigeret. Quod si inter res debitas nihil interest, consequens fuit, ut etiam in vino & cæteris rebus eandem definitionem admitterent. Sed quæritur differentiæ ratio. Ea vero est in promptu, si quis mecum attendere voluerit, eaque ex iis quæ de mora, deque conditione rei generaliter diximus nullo negotio intelligi potest. Cur ergo res certa si quo tempore plurimi fuit post moram, tanti æstimanda est? quia mora perpetuam facit obligationem; quo autem tempore post moram res certa fuit plurimi, eo etiam tempore debebatur, & uti erat, ita debebatur. Quod res talis debebatur, facit ut necesse tum fuerit aut talem præstari, aut pro re quæ non præstaretur, saltem eius æstimationem. Quod tunc debitor in mora erat, facit ut quod tum semel cœpit deberi, id quandocunque res peti aut iudicari cœperit, præstari debeat creditori: quia, ut dixi, eius rei obligationem mora perpetuam fecerit. Cur contra si vinum debeatur ex mutuo, aut res alia quævis generaliter: non æstimatur, quanti vinum fuit, cum extra iudicium petitum est, aut alioqui debitor moram facit? non utique quia mora non ubique perpetuet obligationem, si qua obligatio ante fuerit; sed quia nulla hic eius temporis obligatio est, quam mora perpetuam faciat. Iam enim dixi, cum vinum debetur generaliter, id est, non hoc aut illud dolium, sed vini dolia tot, nullius temporis vinum deberi, nisi quod conventio certum effecerit, aut litis contestatio. Sic ergo recte colligemus: aliorum temporum vinum non debetur: proinde nec debebitur æstimatio eorum temporum. Prius enim rem deberi oportet, quam ut propter rem debeatur æstimatio. Nec quidquam referet, utrum debitor moram non fecerit, an fecerit eo tempore, cuius æstimatio petitur. Mora enim obligationem, si qua esset, retinere potuit; novam, & eam quæ non esset, inducere non potuit. E diverso, debetur vinum quod fuit eo die, cum solvi debuit, aut fuit tempore litis contestatæ: idcirco quandocunque agetur postea, & in eorum temporum æstimationem reum condemnari oportebit, sive tum res erit plurimi, sive minimi: scilicet ut quoniam semel horum temporum vinum cœpit deberi, perpetuo id quoque, aut eius æstimatio debeatur iuxta eandem regulam, quia mora perpetuam fecerit eam obligationem. Ex quibus apparet, quam in hac distinctione rerum a veteribus constituta, cum de earum æstimatione quæritur, omnia sint cohærentia inter se, & rectæ rationi ac regulis iuris consentanea. Ac de his locis responsum est, quibus aperte dicitur rei petitæ æstimatio ad tempus moræ redigi debere, sed in re certa, non in vino mutuo & similibus rebus generaliter debitis.

Alterum hic nobis opponitur genus locorum, qui de vino quoque ipso quod generaliter debetur, scripti sunt, & ita scripti, quasi etiam in eo æstimatio eius temporis

poris spectanda sit, quo mora facta est.
18 † In quam sententiam ad extremum utuntur his locis, *L. si sterilis*, *§. eum per venditorem*, *infr. de act. em.* & præterea hoc loco. In §. *eum per venditorem* scribit Paulus; *Cum per venditorem vini aut tritici steterit, quominus rem tradat, emptorem pretium vini aut tritici consequi*, non etiam eam utilitatem, quæ circa rem non consistat. Non enim maiorem fieri obligationem, *quod tardius agitur: quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit*. Quod ait, mora a debitore facta, pretium vini præstari, hinc intelligi voluit pretium eius temporis præstari, quo mora facta est. Quorsum enim proponi moram factam esse, nisi ut in eo de quo quæritur, hoc tempus spectetur? Quod subiicit, crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit*: his vero verbis non dubitant etiam hoc exprimi, post moram crescere vini æstimationem, ut non solum in hac æstimatione facienda spectandum sit id tempus, quo primum mora facta est, si creditori expediat, sed etiam sequentia, si his vini æstimatio creverit. Nos videamus, ne utrumque non solum non colligatur ex eo loco, sed etiam eo loco refellatur. Paulus ait emptorem vini pretium consequi, nihil præterea. Non ideo hinc colligas eum consequi pretium eius temporis, quo mora facta est: cum sint alia multa tempora, quorum pretium possit præstari, ut cum id præstitum fuerit, non minus verum sit emptorem pretium rei esse consecutum. Quid si aperte negat tempus moræ hic else spectandum? & vero negat, cum ait, *non fieri maiorem obligationem, quod tardius agitur*. Nam etsi emptor tardius agit post moram venditoris; non eo tamen minus interim venditor in mora est, qui semel eam facere cœperat. Quid ergo attinuit dicere pretium vini in æstimationem venire addita conditione, *cum per venditorem mora esset, quominus daret*; nisi ex eo tempore hæc utilitas in æstimationem venit? moræ venditoris conditio adiecta est, quia prius quam moram fecerit, vinum adversus eum non sit æstimandum; non quia statim in eius temporis æstimationem damnari debeat. Recte etiam dicetur, non ideo Paulum mentionem moræ fecisse, ut quidquam de ea affirmaret, sed ut quod a quibusdam illi tribuebatur, removeret. Volebant enim, postquam per venditorem stetisset, quominus vinum traderet, augeri obligationem venditoris propter moram. Id negat Paulus, ut ratio ab eo subiecta indicat. Denique tempus moræ ne in vino quidem vendito spectandum esse, aperte declaratur in *L.* 3 *§ ult. infr. de act. em.* qui locus, cum in emptione vini quæritur, cuius temporis æstimatio facienda sit, in consilium adhibendus est. Est enim de eo diserte & ex professo scriptus. Sic autem illic traditur, *si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet., utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur*. Quorum neutro significatur id tempus, quo primum mora fieri incipit: sed per prius significatur ut quidem vulgo putant, tempus contractus; ut autem supra nos docuimus, dies quo vinum ex lege venditionis tradi debuit; per posterius autem significatur tempus litis contestatæ, ut postea ostendemus, cum agemus de tempore rei iudicatæ. Quod autem amplius ex supra scripto loco Pauli colligi volunt æstimationem vini crescere post moram, non minus ex ipso loco refellitur, quam superius. Ait quidem Paulus crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit*. Sed illud *hodie*, cum ad id tempus quod prius positum erat, referatur: facile quomodo accipiendum sit, ex præcedentibus intelligitur. Prius hæc verba erant, *nec maior fit obligatio, quod tardius agitur*: idest, iudicio agitur, ac proinde quo lis contestatur. Nam hinc iudicium initium habet. *L. unic. C. de lit. contest. L. amplius, infr. rem rat. hab.* continenter subiicit, *quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit*. Plane hoc *hodie* aliter intelligere non possumus, quam ut sit hoc die quo agitur: ut scilicet demonstretur is dies, seu id tempus, quod proxime præcesserat. Quibus verbis aperte statuitur æstimatio eius temporis, quo lis contestatur, seu quo iudicium accipitur: ut manifestum sit etiam illic eandem sententiam confirmari, quam hoc loco in vino mutuo relatam videmus. Quod si nihil illic aperte adiectum esset de tempore, cuius æstimatio spectari deberet; tamen quod esset eo loco omissum, intelligeremus aliorum locorum regulis relinqui oportere. *L. præcipimus, in fin. C. de app.* In quibus præter hunc locum est *L. ult. infr. de cond. trit.* & *L.* 3. *§. ult. infr. de act. em.*

Superest hic locus, ex quo etiam efficere conantur, in vino ipso mutuo æstimando tempus moræ esse spectandum. Idque dupliciter: primum ex verbis ipsis, quasi & hæc sententia verbis exprimatur: deinde ex eo, quod de die adiecto spectando hic dicitur. † Scribit Iulianus: *si dictum non esset, quo tempore vinum reddi* 19

di deberet, tanti vinum æstimandum, quanti fuisset tunc, cum petitum esset. Generaliter dixit, *cum petitum esset*. Ergo non solum quo tempore petitum erit iudicio, sed etiam quo petitum erit extra iudicium; & generaliter, quo mora facta erit: quandocunque enim interpellatur debitor, ut solvat, dum opportuno loco & tempore, si non solvit, moram facit. *L. mora, infr. de usur.* Sed hoc levius: iam enim supra satis ostendi his verbis non aliam hic petitionem intelligi posse, quam eam, quæ iudicio fieret, idest, non aliud, quam litis contestationem. Si verbum spectatur: verbo petendi hæc sola petitio proprie significatur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Si quæritur sententia: manifestum est Iulianum posita quæstione non de tempore cuiusvis interpellationis, sed nominatim de tempore litis contestatæ, non de alia petitione, quam de qua interrogatus erat, respondere voluisse. Postremo si quid in eius responso esset ambigui: tamen cum Sabini sententia, quæ hic refertur, sic aliis locis explicetur, ut aperte dicatur si de die nihil convenit, id tempus esse spectandum, quo iudicium accipitur, seu tempus litis contestatæ: quin ex illis hic locus ita interpretandus sit, dubitare non debemus. Sic autem refertur hæc ipsa sententia in *L. ult. infr. de cond. trit. L. 3. §. in hac, infr. com.* Sed hoc de his verbis concesso, urgent
20 quod de die constituto hic respondetur. † *Si dictum sit*, inquit Iulianus, *quo tempore vinum redderetur, tanti æstimatio facienda est, quanti tunc fuit.* Satis hoc, inquiunt, argumenti est, tanti vinum æstimandum quanti est tunc, cum mora facta est: nam eo tempore, si vinum non solvitur, debitor in mora est, *L. magnam, C. de cont. & com. stip.* Nec vero ante mora fieri potest, quantumvis ante ut solveret, debitor interpellatus fuerit. *L. lecta, vers. sed cum sortis, infr. eod.* Nullum vero hoc argumentum est. Etsi enim cum debitor sua die vinum non solvit, moram facit: non tamen ex eo tempore vinum æstimatur, quia debitor eo tempore moram fecit; sed quia ita convenit, ut eo die solveretur, qua ex conventione quæsitam esse eius temporis utilitatem intellectum est. Tolle hanc conventionem in aliis temporibus, quæ litem contestatam antecesserunt: consequens est eorum æstimationem non esse spectandam. Idem & de tempore litis contestatæ dicemus. Unumquemque litem contestando moram facere certum est, nisi aperte iustam caussam habeat, cur ad iudicium provocet.

L. nemo, §. ult. infr. de verb. obl. L. si quis solutioni, infr. de usur. Ac lite de vino contestata quanti tunc vinum fuit, in tantam æstimationem reus condemnatur. Num ergo quisquis moram facit, eius temporis, quo moram facit, habita æstimatione, condemnandus est? Minime: non enim quia eo tempore mora fit, ideo id tempus in re æstimanda spectatur: sed quia quale quidque est quod in iudicium deducitur, tale etiam præstandum est. *d. L. 2. infr. de usur.* Alioqui & insequentium quoque temporum, quibus non minus mora fit, & præcedentium quibus debitor recte interpellatus est, non minus sit æstimatio spectanda: atque ita frustra ad tempus litis contestatæ revocetur, quod sit cum aliis omnibus temporibus commune.

Hactenus ergo nec ex tempore moræ vini æstimationem faciendam esse effectum est, multoque minus tanti æstimandum, quanti ab eo tempore plurimi fuerit. † 21
Quid tertium illud, quod litem contestatam sequitur? De eo saltem probandum esse videbitur, ut si per id tempus vinum plurimi fuerit, eius æstimationem præstari oporteat. Certi enim iuris est post litem contestatam omnem caussam restituendam esse, idest, id omne quod habiturus esset actor, si tempore litis contestandæ res petita soluta esset. *L. cum fundus, infr. eod.* unde & fructus, qui ex mora non debentur, placet post iudicium acceptum esse præstandos. *L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* Hac sententia effici videtur, si creverit postea vini æstimatio, hanc quoque debere præstari: propterea quod si vinum tempore litis contestatæ solutum esset, id asservasset creditor, deinde vendidisset idoneo tempore, sic pretium eius temporis esset consecutus. Et hoc quidem in specie seu re certa petita recte dicitur: quoniam si hæc postea non periit, certum est eam omnibus temporibus insequentibus in rerum natura fuisse, ideo & omnibus vendi potuisse, si recepta esset. Unde si quando plurimi fuit non dico post litem contestatam, sed ex quo primum per debitorem stetit, quominus eam daret, placet reum tanti condemnari, ut ante diximus. At idem in vino petito quod mutuum datum erat, dici non potest. Cum enim hic non certum corpus petatur, sed vinum in genere: perspicuum est rem peti, quæ nusquam appareat in rerum natura, quod tantundem valet, ac si peteretur, quod non extaret vel eo tempore quo vinum petitur, vel sequentibus, quibus crevit vini æstimatio.

In re quæ non exstat, divinare non possumus, an creditor si quam certam speciem initio accepisset, eam deinde asservaturus esset & habiturus eo tempore, quo vinum pluris fuit. Id quidem futurum fuisse certum non est: cum non minus fieri potuerit, ut desineret habere, quam ut integram servaret. Quinimo frequentius usuvenit, ut creditores qui aliquo tempore vinum acceperunt, id non diu retineant, aut enim vinum corrumpitur, aut acceptum statim consumunt, aut metuentes corruptionem, vel alia pericula, primo quoque tempore vendere solent: nec opportunitates sequentium temporum exspectant, dum hæ quales futuræ sint, ignorant, & cavent, ne male futuras exspectando præsentibus & his melioribus excidant. Quod si certum non est creditorem vinum acceptum fuisse servaturum & habiturum postea: ne pretium quidem sequentium temporum eum habiturum fuisse certum est: prius enim his temporibus rem subesse oportet, quam possit quidquam per ea tempora ex re percipi. Sic fit, ut quanti vinum sequentibus temporibus fuit, id in his rebus quas actor vino soluto habere potuisset, numerari non debeat: eoque nec tanquam caussa debeat ei præstari. Quoties enim de utilitate actoris, & eo quod habere potuisset, quæritur; utilitas solum æstimatur ea, quam certo habere potuit, si vellet, non ea, quæ an caperetur, incertum fuit. *L. quemadmodum*, §. *item Labeo. supr. ad leg. Aq.* Denique damnum quod revera inducitur, exigimus, ut loquitur Iustiniani constitutio in *L. unica, ver. in aliis, C. de sent. quæ pro eo quod int.* Quare ne hic quidem quidquam affertur, cur ea tempora quæ iudicium acceptum sequuntur, spectare aliquando debeamus.

22 Restat † condemnationis tempus seu rei iudicatæ. Hoc vero spectandum esse rursum aliis locis prope diserte expressum videtur. Hi tres sunt. *L. 3. infr. de cond. trit. L. 3. §. in hac, infr. com. L. 3, §. ult. infr. de act. empt.* de quibus dicam sigillatim. In *L. 3. infr. de cond. trit.* in principio ita scriptum est: *In conditione triticaria si quæratur, res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, verius esse condemnationis tempus spectandum*. Ad eum locum duo sunt in promptu, quæ respondeamus. Prius hoc est, non magis illic dici tempus condemnationis esse spectandum, quam tempus litis contestatæ, quod nunc spectari volumus. Etsi enim verbis ita concepta illa definitio est, ut nihil amplius exprimatur, quam tempus condemnationis spectandum; tamen postea sequentibus membris ita temperatur, ut appareat definitionem illam statui his conditionibus, si & res petita tunc exstet, & ante non sit facta deterior. Corrigitur enim seu temperatur ita postea, nisi aut res petita ante desierit esse in rebus humanis, aut sit ante deterior facta. Quorum temperamentorum prius est in illis verbis; *si vero desierit esse in rebus humanis:* posterius illic, *in utroque autem*. Qui dicit tempus condemnationis esse spectandum, ubi res petita exstat, nec ante deterior facta est: is non minus dicit spectandum esse & tempus litis contestatæ, quo & ipso tempore res eodem statu, & eadem æstimatione fuerit. Sed ideo dicitur condemnationis tempus spectandum: quia cum in re iudicanda de æstimatione rei quæratur, facilius sit presentis eius temporis æstimationem invenire: nihil autem necesse sit ad alia tempora retro ferri, ubi præsentis æstimatio sufficiat. Altera defensio est, eaque certissima, nec minus faciens ad illius loci explicationem: Etsi quid eo loco traderetur de tempore condemnationis spectando diversum ab eo quod hic traditur; tamen nihil id ad hunc locum pertinere, nec quidquam ei adversari. Meminisse enim oportet eius, quod iam supra de eodem loco monuimus, agi illic de re certa petita, ut Sticho, qui & possit desinere esse in rebus humanis, & possit deterior fieri. De hoc genere vere dici, quanti unquam plurimi res certa fuit post moram, in tantam æstimationem reum condemnari oportere: quia omnibus illis temporibus res debita fuerit, & quia debita, talis quoque præstari debuerit, qualis tum fuit. Huic sententiæ consequens est, in hoc genere tria hæc tempora varie esse spectanda, de quibus illic constituitur, prout hoc aut illo res erit plurimi; tempus condemnationis; tempus quo res petita mortua est; tempus, quo deterior facta est. Sed de totius eius loci sententia in eius explicatione dicetur commodius. Nunc hoc satis sit, dicta hæc esse in re certa: quæ quia debetur omnibus temporibus & debetur talis, qualis est, ideo si non præstetur, omnium temporum, quibus plurimi fuit, æstimationem deberi necesse est; proinde & eius, quo res iudicatur, si eo tempore fuit plurimi. Ad vinum quod generaliter debetur, de quo agimus, hæc sententia, ut supra dixi, non pertinet. Cum enim in hoc genere nullius certi temporis vinum debeatur, præterquam temporis litis contestatæ,

tæ,

tæ, quod & ipsum in iudicium deductum est, ut supra ostendimus: absurdum est, vinum aliorum temporum, quod nec debeatur, nec in iudicium deductum sit, æstimari, ut reus in eam æstimationem condemnetur. Hæc de *L. 3. infr. de cond. trit.* qua parte condemnationis tempus spectandum illic traditur. In *L. 3. §. in hac, infr. com.* qui alter erat locus de tempore rei iudicandæ spectando in re petita æstimanda, hæc verba sunt: *In hac actione* (intellige commodati, de qua illic agitur) *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur: & rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observatur.* Hæc vero sententia, ut videtur, generalis est res omnes complectens, quæ bonæ fidei iudicio deberi possunt, & de quarum æstimatione quæritur. Etsi enim institutus est sermo de commodato, in quem contractum non nisi rem certam venire constat: tamen apparet definitionem conceptam esse non solum de commodato, sed nominatim etiam de cæteris bonæ fidei iudiciis: quorum ex quibusdam non minus vinum deberi potest, quam ex mutuo: nam vendi posse constat itidem ut mutuo dari. Sed hic facilis quibusdam & expedita responsio esse videbitur, & quidem ea, quæ ex eodem ipso loco suppeditetur. Additur enim ibidem hæc correctio: *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Quid autem hinc sumatur aliud, quam re vera ita ius esse in bonæ fidei iudiciis, ut in his observetur tempus rei iudicandæ; neque tamen id huic loco adversari, quia diversum sit in strictis iudiciis, in quibus tempus litis contestatæ spectatur? ac de contractu stricti iuris hic agitur, nempe mutuo. Hæc solutio potest satisfacere iis, qui verbis contenti res ipsas non expendunt: idest, nec quærunt, quale sit id quod concedunt in bonæ fidei iudiciis, cum de re quovis modo æstimanda agitur, rei iudicandæ tempus spectari, verumne, an falsum: nec cogitant, si id in bonæ fidei iudiciis spectandum est, dici debuisse etiam spectandum esse in strictis iudiciis: quia utrobique id servandum sit, quod æquum est: quod satis est ad hunc locum oppugnandum; idemque in contrarium valere, ut si in strictis iudiciis spectandum est tempus litis contestatæ, idque æquum est: necesse sit idem servari & in iudiciis bonæ fidei: quia in his præcipue omnia ex bono & æquo æstimentur. *§. in bona, Inst. de act.*

23 Ego autem sic † statuo, si in re æstimanda hoc quæratur, non quanti sit iureiurando actoris æstimata, sed quanti sit re vera æstimatione & officio iudicis, de qua æstimatione nunc agitur: unam hanc in omnibus iudiciis distinctionem esse servandam: ut si res certa debetur, & petita est, quanti unquam plurimi fuit post moram, in tantam æstimationem eius condemnari debeat: proinde & quanti est tempore condemnationis, si eo tempore est plurimi: neque in eo quidquam referat, sitne bonæ fidei iudicium, quo agitur, an stricti iuris. Sin autem vinum aut aliud genus debetur, & id æstimandum est: non minus in bonæ fidei iudiciis, quam in mutuo spectandum sit tempus litis contestatæ, si quo die res solveretur non convenit. In re certa nihil æquius, nihil verius: de quo dicetur pluribus ad *L. 3. infr. de cond. trit.* In vino autem, & similibus mercibus, quarum non species, sed genus debetur, si quæratur cuius temporis æstimatio facienda sit, spectandum esse tempus litis contestatæ in bonæ fidei iudiciis æque atque in strictis: ita, credo, plane statui poterit, si statuerimus natura & potestate iudicii id aliter fieri non posse. Atqui aliter non potest. Quid est enim natura iudicii bonæ fidei quod præstandum sit? utique quod debetur, non id quod non debetur: eius enim quod debetur, actio est: eius quod non debetur, nulla. *L. nihil, infr. de obl. & act.* At iam docuimus, cum vinum generaliter debetur, solum deberi vinum eius temporis, quod solutioni dictum est; aut si dictum non est, solum eius temporis quo lis contestatur. Quare & huius solum temporis vinum præstandum: aut quia iam non potest, ut tum fuit, reliquum est, ut præstanda sit eius temporis æstimatio. Quid potestas iudicis in bonæ fidei iudiciis, quænam est? ut reum convictum condemnet in id quod in iudicium deductum est: id autem quod deductum est, ne excedat: *L. ut fundus, supr. com. divid.* Iam vero cum vinum in iudicio generaliter petitur, ut eius temporis vinum debetur, ita & eius temporis vinum in iudicium deduci intelligendum est, nec vero potest alius temporis vinum peti, nisi certo die solvi ex conventione debuit. Sed nec dici potest idem vinum esse, & quod est tempore litis contestatæ, & id quod est tempore rei iudicandæ: ut quis dicat eadem petitione utriusque temporis vinum in iudicium deduci. Re ista distincta sunt, ut temporibus. Singulæ enim species, quæ utroque tempore ex genere præstari possunt (species enim tantum ex genere debentur, licet incertæ,

non totum genus) diversæ sunt non tantum numero; sed & qualitate & æstimatione. Proinde prius vinum ut in iudicium deductum a iudice æstimari pro potestate potest & debet; posterius ut non deductum ad potestatem iudicis non pertinet, eoque nec eo iudicio præstandum aut æstimandum est. Consideremus præterea, cur in strictis iudiciis re in genere petita placeat spectari tempus litis contestatæ: reperiemus supra scriptis de caussis id recipi, atque ita etiam fieri ut iisdem de caussis æquum sit. At valent hæ caussæ non minus in bonæ fidei iudiciis. Generis enim promissi ubique eadem potestas est. Et quod de re non præstanda, nisi quæ debita sit, diximus, omnium actionum commune est. Quod item diximus ultra id quod in iudicium deductum est, potestatem iudicis non excedere, sumptum est ex *d. L. ut fundus, supr. com. divid.* ubi id usurpatur in iudicio communi dividundo, quod est bonæ fidei. *§. actionum autem, Inst. de act.* Cur dubitemus igitur in paribus caussis & pari æquitate idem in bonæ fidei iudiciis admittere, quorum natura præcipue hanc æquitatem flagitat?

24 Postremo mihi † dubium non est, quin id ipsum, quod volumus, diserte traditum sit in *L.* 3. *§. ult. infr. de act. em.* Illic scriptum est: *si per venditorem vini mora fuerit, quominus vinum traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur*. Quo *venit*, idest, quo ex lege venditionis tradi debuit; ut supra ostendimus, cum de tempore contractus ageremus. *Quo lis in condemnationem deducitur*, sic interpretandum est: quo agitur, seu quo iudicium ad futuram condemnationem accipitur, ut paulo post pluribus docebimus in obiectione diluenda quæ ex his verbis ducitur. Quod si ita est, plane eo loco eorundem temporum æstimatio confirmatur in bonæ fidei iudiciis circa vinum debitum, quæ statuitur hoc loco in mutuo circa vinum quod mutuum datum erat. Quod si hoc adhuc obscurius est in *d. §. ult. L.* 3. *de act. em.* sumamus quod ibidem sequitur: hoc vero attendenti omnem dubitationem eximet. Subiicit enim Pomponius: *quod si per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, & quo loco minoris sit*. Certum est hæc verba *cum agatur*, significare cum iudicio agatur, seu cum iudicium accipiatur & lis contestetur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Ergo aperte hoc casu dicitur spectandum esse tempus litis contestatæ in vino, etiam vendito æstimando: quod iudicio ex empto, proinde & iudicio bonæ fidei peti constat. Dices fieri hoc propter emptoris eiusdemque actoris moram; nos autem de eo reo agere qui ipse in mora sit. Et fateor propter emptoris moram fieri, quod non æstimatur vinum, quanti fuit eo tempore, quo ex conventione tradi debuit, si eo tempore oblatum emptor non accepit; quod contra fieret, si ipse venditor in eo tradendo moram fecisset, ut initio §. dictum erat: idque est, quod Pomponius hac oratione disiunctiva, *quod vero*, indicare, & in quo posteriorem emptorem a priore distinguere voluit. At ut hoc die contempto spectetur tempus litis contestatæ, quod superioribus verbis expressum est, non fit propter emptoris moram, quæ tunc cum agit, amplius nulla est; sed iure & ratione communi, ut alioqui fieret si solus venditor ab initio fuisset in mora. Etsi enim emptor ante recusando moram fecit; tamen cum ex pœnitentia vinum postea petit, & accipere paratus est, is in mora esse desinit, & iam venditor solus moram incipit facere: quæ posterior mora tam ei nocet, quam si emptor nunquam fecisset. *L. illud, infr. de per. & com rei ven.* † Quid 25
sibi vult igitur, quod in *d. §. in hac L.* 3. *infr. com.* quem locum tractamus, tam aperte dicitur, *in bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ tempus quanti res sit observari?* Si simpliciter hoc scriptum esset, faterer non liquere. Verum cum absolute scriptum non sit; sed ea verba præcedant, quæ rem expediant, si modo animum advertere volumus: incivile est nisi tota definitione perspecta, de una aliqua particula pronunciare vel respondere. *L. incivile, supr. de legib.* Sententia igitur eius loci sic habet: Prius hæc verba erant: *in commodati actione similiter ut in cæteris bonæ fidei iudiciis in litem iurabitur:* Adiicitur continenter; *& rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observatur*; vel ut in aliis exemplaribus, *ut rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observetur:* quod est melius: sic enim non perturbatur oratio temporibus, ut cum dicitur, iurabitur, & observatur, & oratio ad veram sententiam, quam dicam, propius accedit. Sed sive hoc, sive illud placet: coniunctim totum hoc dictum est, in commodati actione in litem iurari, & rei iudicandæ tempus quanti res sit, observari. Quare & coniunctim accipiendum est: ut sit sensus, & tempus rei iudicatæ spectari, non simpliciter, sed tunc cum in litem iurabitur, quæreturque cuius ex temporis æstimatio-

ne

ne actor iureiurando litem æstimare debeat. Hinc duplex defensio. Nam primum hinc apparet dictum id esse de re certa petita: quoniam proprie in bonæ fidei iudiciis & similibus non iuratur in litem, nisi ob dolum & contumaciam non restituentis, vel non exhibentis. *L. in actionibus*, vers. *sed in his*, *L. 1. & 2. infr. de in lit. iur.* Non iuratur, nisi ut res dominii aut iuris nostri arbitrio nostro potius æstimetur. *L. tutor*, *supr. de in lit. iur.* Quæ omnia nisi in rem certam petitam non cadunt. Nos de vino & similibus rebus quæ in genere debeantur agimus. Deinde etsi ageretur hic quoque de re certa, tamen in hoc ipso genere rerum æstimando, ad hoc aut illud tempus spectandum multum interest, utrum de vera æstimatione remoto iureiurando quæratur, an de ea, quæ committitur iuranti in litem. In hac recte dicitur spectari tempus rei iudicandæ; in illa nunquam, quocunque iudicio agatur, ac de ea nunc quærimus. Sed quoniam hoc totum ad rem certam pertinet, ferturque potissimum adversus *L. 3. infr. de con. trit.* ideo in eum locum huius partis explicationem fusiorem reiiciemus.

26 Restat nobis † locus tertius, nempe *L. 3. §. ult. infr. de act. em.* cuius verbis diserte tempus rei iudicatæ statui videtur, quod spectemus in re petita æstimanda: in iudicio quidem ex empto, quod est bonæ fidei; attamen non in re certa vendita, sed in vino de quo hic agimus. Sic autem verba sunt, quæ & ante retulimus. *Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Illis verbis, *quo venit*, intelligendum esse diximus, tempus quo vinum ex conventione solvi debuit. Esto, dicet aliquis, id tempus illis verbis significari intelligatur. At his verbis, *quo lis in condemnationem deducitur*, quodnam aliud tempus accipere possumus, quam tempus condemnationis, quo fit, ut res petita in condemnationem præsentem deducatur? Res dicitur in iudicium deduci, quæ iudicio præsenti subiicitur, seu quæ in præsente iudicio esse incipit *L. ut fundus, supr. com. divid. L. 1. C. de lit. cont.* Quænam igitur dicatur res deduci in condemnationem, nisi quæ & in condemnatione iudicis esse incipit? quod fit, cum iudex reum in æstimationem condemnat: nec condemnat, nisi cum de re iudicat. *L. 1. supr. de re iud.* Quapropter qui dicit id tempus spectandum, quo res in condemnationem deducitur, is dicit spectandum esse tempus rei iudicatæ. Ex non nego horum verborum hanc quoque significationem esse posse, si quis modo vim verborum consideret. Sed non minus & his verbis significari solet a iuris auctoribus tempus litis contestatæ, idest, id tempus, quo res ab actore in futuram condemnationem deducitur, quod fit iudicium accipiendo, & litem cum reo contestando. Sic usurpata esse ab Ulpiano hæc verba certum est in *L. 2. in pr. infr.* de exc, *Exceptio est*, inquit Ulpianus, *quæ interponi cuiusque rei actioni solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deducitur*. Non solet exceptio interponi re iam disceptata & cognita tunc, cum res iudicatur, & reus condemnatur; alioqui sera esset allegatio, quæ condemnationem non impediret; sed ab initio, cum lis contestatur, & eo modo lis in iudicium deducitur: ac nisi id fit in strictis iudiciis, exceptio postea opponi non potest. *L. præscriptionem*, *L. si quidem*, *C. de excep.* Nec abs re dicitur res petitione actoris & litis contestatione deduci in condemnationem: deducitur enim eo facto in futuram condemnationem. Nec obstat, quod futura condemnatio non est condemnatio. Sic enim iudicium accipiendo deducitur lis reo in futuram condemnationem, ut iam tum præsenti necessitate condemnationis subeundæ obstringatur sub conditione, si convictus fuerit. *L. negantes*, *C. de obl. & act.* Quæ necessitas facit, ut iam videatur suscipi condemnatio, quam reus, si velit, post iudicium acceptum effugere non potest. Qua ratione & iudicium accipiendo reus obligationem iudicati contrahere dicitur: *L. 3. §. idem scribit*, *infr. de pecu.* quia exinde sese iudicato seu condemnationi subiicere intelligitur; tametsi verum est id fieri sub conditione, si reus condemnatus erit, nec vere ante tenetur, quam sententia & condemnatio secuta fuerit. Videri etiam potest, quod est probabilius, nata esse hæc ratio loquendi ex more iudiciorum veterum, in quibus prætor iudicem dabat & iudicium, idest, iudicii formulam, qua præscribebat iudici, quid in re controversa sequeretur: ad summam autem iubebat iudicem condemnare, hoc modo. Si paret Lucium Titium Sempronio decem mutua dedisse, iudex condemna. Quibus verbis iam tum rem deducebat in condemnationem iudicis dati, idest, rem iudicis condemnationi subiiciebat. Ergo ut nihil sit aliud: certe ambiguum verbum est, litem in iudicium deduce-

ducere. In ea ambiguitate quid is, qui loquitur, sentiat, spectandum est: non enim utrumque dicit, quod verbum significat, sed quod ipse voluit. *L. 3. infr. de reb. dub.* Non dubium est autem, quin Pomponius in *d. L. 3. §. ult. de act. em.* his verbis: *quo lis in condemnationem deducitur*, intelligat id tempus, quo agitur. Primum cum tempore ex quo res æstimanda est, comparat locum, cuius item æstimatio sequenda sit. Locum autem postea aperte eum dicit, quo agitur; ergo & tempus intelligi debet, quo similiter agitur. Sic enim ista eiusdem rationis sunt, & hoc modo recte comparantur: alioqui quam maxime dissimilia, & quæ in hac re nullo modo comparari possunt. Deinde diserte ita scribit paulo post: *si ante iudicium per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur*. Nec ad rem pertinet, quod id dicit, cum actor ante in mora fuit. Quisquis enim iudicio aliquid petit a debitore, etsi maxime prius fecisset moram; tamen tunc cum agit, purgat moram, & deinceps debitor solus in mora esse incipit. *L. illud, infr. de per. & com. rei ven.* Ut consequens sit, de eo actore post petitionem institutam idem dicendum esse, quod diceremus, si moram prius non fecisset. Vult autem Pomponius in hoc actore pretium æstimari, quod fuit, cum ageretur, idest, cum iudicium acciperetur, non autem cum reus condemnatur. Ergo nec si prius actor in mora non fuerit, id pretium æstimabitur, quod fuit tempore condemnationis, sed quod fuit, cum ageretur. Distinguere quidem Pomponius voluit in hac æstimatione alterum actorem ab altero, ut indicat adversativa illa oratio, *quod si per emptorem mora fuisset*; sed distinctio est in eo, quod creditore moram non faciente, fit condemnatio, utro tempore fuit minoris, de quo mox. Illud constitutum esse debet, non ita hos illic distingui, quasi in unius persona spectetur tempus rei iudicatæ, in alterius non spectetur: cum lite semel contestata non magis unus actor moram faciat, quam alter. Et notandum, non dicere Pomponium, condemnari oportere reum, quo tempore plurimi vinum fuit: sed utro tempore pluris vinum fuit ex his duobus, quæ subiicit, & nominatim designat. Quibus verbis aperte declaratur, non ad omnia tempora, quibus res plurimi fuit, æstimationem vini ab eo referri; sed ad hæc duo tantum, quæ exprimit: sic tamen, ut ex his id spectetur; quo vinum pluris fuit. Ita semper vel ex sententia eius loci, vino petito, intra duo hæc tempora consistitur, etiam tunc, cum reus moram fecit, & bonæ fidei iudicio agitur. Ea sunt autem tempora duo, quæ hic traduntur, ut ostendimus: quo fit, ut vel maxime eodem loco sententia Sabini & Cassii de iisdem temporibus etiam in bonæ fidei iudiciis confirmetur. Et certe eo loco Pomponius ad libros Sabini scripsit, ut docet inscriptio capitis. Non est probabile, eum, qui tantum Sabino tribuebat, ut eius libros interpretaretur, in hac parte Sabini sententiam infirmare voluisse, quæ ab aliis veteribus, etiam qui non ita ad Sabinum scribebant, tanto consensu recepta erat: hanc enim generalem fuisse intelligere possumus ex *L. ult. infr. de cond. trit.* Hactenus satis ostendisse mihi videor, quæ tempora hic removeri diximus, quorum non placeat spectari æstimationem in vino & similibus mercibus, recte omnia removeri: nec quidquam adferri ex aliis locis, quo probetur ullum ex his esse spectandum. Quibus remotis, quæ relinquantur, apparet: nempe sola hæc duo restant omnino, quorum æstimationem in eo genere rerum spectare oporteat, quæ & ipsa sola hic definiri videmus: dies constitutus, & tempus litis contestatæ. De quibus tamen quid hic statuatur, amplius considerandum est: neque enim verba, uti scripta sunt, ita generaliter, & sine exceptione accipienda sunt. Alioqui non uno modo futurum est, ut definitio falsa, aut iniqua & aliis locis contraria reperiatur. Itaque quid hic æquitas rei, quid auctoris sententia postulet, videndum est. Quod ut possit explicari facilius, observandum est in verbis duo hic constitui: unum, quod pertinet ad numerum eorum temporum, quæ hic in universum spectari possint; alterum, quod pertinet ad electionem unius alicuius ex his, quæ proposita sunt, ut sciatur, quod ex his spectari debeat: neque enim simul omnia spectari volumus, aut etiam possunt. Numero duo illa tantum statuuntur, quæ dixi. Tempus autem quod ex his duobus spectandum sit, ita definitur: ut si quidem dies dictus sit solutioni, hic spectetur; si dictus non sit, spectetur tempus litis contestatæ. Cumque dicitur, si dies dictus sit, hunc sequendum: his verbis satis hoc casu tempus litis contestatæ excluditur: neque enim spectabitur dies constitutos, si sequemur tempus alterum. Horum utrumque cautione & explicatione indiget: quod si ad verba expenditur, & hæc per omnia retinere volumus, multis in caussis falsum est. Quale sit igitur, & quomodo accipien-

piendum, videamus. Ac primum quod revocatur vini æstimatio ad duo tantum illa tempora superiora, & simul cætera removentur: recte dicitur, ac tunc sine exceptione locum habet, cum per debitorem mora fuit, quominus vinum traderet, non
27 per creditorem, quominus acciperet. † Quod si creditor in accipiendo moram fecit, interdum res exigit, ut aliud tempus, quam superiorum alterutrum spectemus. Nam si debitor vinum obtulit ante litem contestatam, cumque creditor sine iusta caussa accipere recusasset, vini æstimatio postea aucta est: recte desiderabit debitor, ne pluris condemnetur, quam quanti vinum tunc fuit, cum oblatum est, idque doli mali exceptione consequetur: optima ratione, quæ in pecunia oblata & iniuste recusata redditur a Marcello in *L. qui decem, infr. de solut.* quia *non est æquum teneri* re oblata *eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset*. Certum est autem futurum fuisse, ut non teneretur, si creditor accepisset; sic enim solutum esset vinum, & debitor ea solutione liberatus esset. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Et omnino, Inquit Marcellus, *pro soluto oportet esse id, in quo crediter accipiendo moram facit*. At enim si debitor vinum quod pure debebatur, interpellatus non dederit: negavimus supra ideo vinum ex tempore huius moræ æstimandum. Si mora a debitore facta, non ideo revocatur vini æstimatio ad tempus moræ: quomodo mora a creditore facta æstimationem ad id tempus potius revocemus? Quia debitor etsi interpellatus, tamen eius temporis quo interpellatur, vinum non debuit; proinde nec æstimationem, quoniam mora augere obligationem non potuit. At cum debitor vinum recte obtulit, fecit offerendo, ut videatur debitum solvisse. Cum enim quis genus debuit, si unam speciem solvat ex eo genere, perinde liberatur, ac si eam speciem debuisset. *L. cum incertus, infr. de legat.* I. Nec ad rem pertinet, quod creditor oblatum non accepit, ideoque nec oblatum solutum est. Quod enim vere solutum non est; tamen iure pro soluto haberi debet, in quo accipiendo creditor moram fecit, ut diximus.
28 † Quid, si debitor vinum duobus temporibus obtulit? Dicemus utro tempore vinum minoris fuerit, tanti eum condemnandum: eadem illa ratione: quia pro soluto haberi debeat id, in quo accipiendo creditor moram fecerit. Quapropter etsi quis vinum in diem debuit, cumque id sua die obtulisset, nec acceptum esset, id postea iterum offerat, cum vinum esset minoris; recte dicemus non pluris eum condemnandum esse, quam tum fuit, cum minoris esset; quia semper verum erit & in hac caussa pro soluto haberi debere id quod oblatum est; nec moleste creditor ferre debet, si non spectetur æstimatio diei constituti, quem ipse contempsit. Nam quod scriptum est in *L. 3. §. ult. infr. de act. em. Si per emptorem* vini, idest, creditorem *mora fuisset, æstimari oportere pretium, quod sit, cum agatur;* sic accipiendum est; si vinum tum fuerit minoris, ut de loco ibidem continenter subiicitur: neque enim alia conditione spectandus est locus, ubi agitur, quam tempus, quo agitur, ut ubique hæc comparantur, puta hoc loco, & *L. ult. infr. de cond. trit.* & maxime in *d. L. 3. §. ult. de act. empt.* Sit igitur hoc ratum: Si debitor vinum quod debebat, recte obtulit, & tunc vinum minoris est, quam cæteris temporibus, fumendam esse æstimationem eius temporis, quo oblatum est, non ullius alterius. An non ergo adversus definitionem huius loci aperte facimus, ubi intra hæc duo tempora tantum æstimatio concluditur; diem constitutum, & tempus litis contestatæ? Minime. Observandum est enim hic proponi vinum sua die non solutum: idem & iudicio ita petitum, ut ad tempus rei iudicandæ perveniretur. Cum nihil adiicitur, hæc ita accipi solent, ut intelligatur hoc modo mora facta esse a debitore; nam & cum sua die pecunia non solvitur, mora fit sine alia interpellatione. *L. hominem, in fin. infr. mand.* & ad iudicium mora non præcedente facile perveniri non solet. *L. 3. in pr. infr. de usur. L. nemo rem, §. ult. infr. de ver. obl.* Quod cum aliter factum intelligi volunt iuris auctores, addere solent, quod ad id intelligendum pertineat, rem nimirum a debitore esse oblatam. *L. semel, infr. sol. mat. d. L. qui decem, infr. de solut.* Quare si debitore vinum offerente mora a creditore facta erit: non repugnabit hic locus, quominus eius temporis æstimationem spectemos, quo vinum oblatum est, si eo tempore minoris fuerit. Nam si pluris tum erit, quam cum agitur, nequaquam debebit id tempus spectari, quod debitori noceat; non enim debet creditori prodesse oblatio, quam ipse non admisit. Proinde quasi hæc non intervenisset, ita in temporibus hic constitutis consistemus. Atque hæc de oblatione rei debitæ caveri oportuit, cum quæritur de numero temporum quæ hic spectanda proponuntur. Quod autem in unius ex his electione res ita definitur, ut pla-

placeat spectandum esse tempus litis contestatæ, si de die solvendi nihil convenerit; sin convenerit, huius ipsius æstimationem sequendam. Prius quidem perpetuum est, quandiu debitor vinum non obtulit (nam re oblata quid iuris sit, ante diximus) vino, inquam, ante non oblato dicimus semper spectandum esse tempus litis contestatæ: idque ita fieri necesse est, si nullum sit præcedens tempus, quod spectemus. Atqui diem constitutum spectare non possumus, ubi nullus constitutus est. Tempus autem moræ non esse spectandum antea effectum est: cum debitor ut præcedentis temporis vinum non debuit, sic nec deberit æstimationem, nec mora secuta, obligationem auxerit. *L. centum*, 29 *infr. de eo quod cer. loc.* † De posteriore autem monendi sumus, non item esse id perpetuum: quod enim dicitur; *si convenerit, quo die vinum redderetur, eius temporis æstimationem sumendam:* sic accipiendum est: si & debitor eo die vinum non obtulit, & pluris eo die vinum fuit, ut creditoris intersit id etiam tempus spectari. Cæterum si vinum pluris fuit tempore litis contestatæ, dicemus adversus eum debitorem, qui sua die vinum non obtulit, ita constitui debere, ut quasi de die nihil convenisset, ita omisso eo spectemus tempus litis contestatæ pro commodo creditoris. Sumptum hoc ex *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.* ubi Pomponius de vino vendito ita scribit: *si per venditorem vini*, idest, debitorem *mora fuerit, quominus traderet: condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit:* vel quo tradi debuit, vel quo lis contestata est, & res in iudicium deducta: quem esse eius loci sensum supra ostendimus. Si utro tempore pluris vinum fuit, reus condemnandus est: fit, ut debeat condemnari quanti fit vinum tempore litis contestatæ, si eo tempore pluris fuit; quantumvis convenisset initio, ut certo tempore traderetur: contempto videlicet die constituto, quo die vinum fuit minoris. Scriptum quidem hoc est a Pomponio in iudicio empti & venditi, quod est bonæ fidei; sed non minus & in strictis iudiciis propter eandem æqnitatem recipiendum est: atque adeo non minus sententiæ huius loci consentaneum est in his ipsis idem admittere. Quod enim tempus spectari hic præcipiatur, si de die solvendi nihil dictum sit, videmus: tempus litis contestatæ videlicet. Atqui cum debitor sua die non solvit, perinde haberi debet postulante creditore, quasi qui dies adiectus erat, adiectus non esset: hac enim die non solvendo debitor a constituto die discessit, eumque suo facto repudiavit. Nulla fit ei iniuria, si non permittitur ei revocare id cui semel renunciandum putavit: neque adeo hoc illi facere invito adversario permittendum est. *L. si quis, C. de iuretur.* Ut nihil sit aliud: certe fidem in die constituto non præstat debitor, qui eo die non solvit, & moram facit: inverecunde postulat diem a creditore sibi servari, qui eum creditori non servavit. arg. in *L. cum proponas, 2. C. de pact.* Quodque de legibus dictum est in *L. auxilium, in fin. supr. de minor.* hoc idem & in die adversus debitorem videmur recte usurpare posse, non recte eum diei beneficium invocare, qui adversus diem commisit. Nec quisquam hic nobis obiiciat conventionem, & dicat, cum dies initio dictus est, de die convenisse; hanc conventionem debitori esse servandam. *L. iuris, §. ait, supr. de pact.* Hactenus enim illi servanda est, nisi diei constituto renunciaverit: erat enim dies adiectus ipsius caussa, ut eo solveret, si vellet. *L. eum qui Calendis, §. 1. infr. de verb. obl.* Licuit ei hoc die non uti, & iuri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. index, supr. de minor.* quod tum fecisse eum apparet, cum in mora fuit, quominus eo die solveret. Sic fit, ut mora a debitore facta, quominus vinum solveret: si vinum eo die minoris fuerit: primum hoc recte statuatur non esse æquum diem constitutum pro adiecto haberi ei, qui hunc mora sua contempsit: deinde die remoto, recte dicatur vel huic loco, & Sabini sententiæ consequens esse, ut quasi de die nihil convenisset, debeat tempus litis contestatæ spectari, quo tempore pluris vinum fuit. Sed opponuntur verba huius loci, in quo simpliciter ita scriptum est: *si dictum esset, quo tempore vinum redderetur, spectandum quanti tunc fuisset:* nec quidquam distinguitur, vinum eo tempore minoris fuerit, an pluris: ut probandum videatur, quanticunque tunc fuerit, eum diem omni modo esse spectandum. arg. in *L. item veniunt, §. petitam, ver. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publician.* Ego autem etiam secundum verba recte ex hoc loco defendi posse puto, vino sua die non soluto, non esse diei constituti æstimationem spectandam, si eo die vinum minoris fuerit. Verba enim in legibus cum effecto accipere debemus: idest, ita ut cum verbis aliquid factum dicitur, intelligamus, quod factum sit utiliter & cum effectu, non quod inutiliter & sine effectu. *L. 1.*

L. 1. in fin. supr. quod quis. iur. L. pen. §. 1. supr. ne quis eum qui in ius voc. est. Et ideo si legatum relictum sit sub conditione, quæ sit impossibilis vel contra ius: etsi maxime hæ conditiones sint, si formam verborum spectes; tamen legatum eiusmodi non dicitur conditionale: quoniam conditio pro non adiecta habetur. *L. 5. ver. sed si sub conditione, infr. quan. di. leg. ced.* Hac ratione recte in proposito defendemus, non debere dici diem esse adiectum, seu de die convenisse, si dies in ea caussa sit, ut pro adiecto non habeatur: quippe qui cum effectu adiectus non sit, seu utiliter. Iam autem ostendi pro non adiecto haberi debere ei, qui in eo moram fecit. Nec multum ad rem facit, quod ab initio utiliter dies adiectus est: non enim sufficit utiliter adiecisse, nisi in eo perseveres. *L. nam etsi, §. 1. supr. de inoff. test.* parumque interest, utrum quid ab initio non facias, an
30 quod feceris, irritum fiat. † Quod adversus debitorem qui moram fecit, supra statuimus, spectari debere, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo solvi debuit, vel quo lis contestata est, idest, id tempus, quod debitori noceat: hoc e converso adversus creditorem, qui moram faciet, statuendum est, ut spectemus, utro ex his duobus vinum sit minoris, quod noceat creditori: proinde spectabimus, quanti sit vinum, cum agetur, ut est in *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.* nempe si tum minoris fuit, ut in loco faciendum esse ibidem subiicitur: quod & supra attigimus. Et hoc nisi vinum debitor obtulerit, & die constituto, ac postea ante litem contestatam atque intermedio tempore vinum minoris fuerit quam die constituto, pluris autem tempore litis contestatæ: semper enim spectandum est id tempus, quo vinum oblatum est, prout id spectari debitori expediet, ut supra docuimus. Quod si non expediet, quia vinum minoris sit tempore litis contestatæ, ad hoc potius æstimationem referemus: contempto nimirum & in hac caussa die constituto: quo cum creditor uti noluerit antea, inique id revocare conetur, quod semel repudiaverit. Denique quæ in reum frustratorem de hoc die supra dicta sunt, eadem in frustratorem creditorem conveniunt omnia. His de sententia huius loci expositis, nunc rem in pauca colligemus.
31 † Summa igitur hæc sit superioris disputationis: Cum de æstimatione rei petitæ agitur, quæriturque in universum cuius temporis æstimatio facienda sit: interest, utrum res certa debita fuerit, ut Stichus; an incerta, ut vinum ex mutuo. Res certa si post moram debitoris periit, aut deterior facta est; quandocunque petita erit iudicio, tanti reum condemnari oportet, quanti unquam plurimi res fuit, quocunque tempore id acciderit, sive ante, sive post iudicium susceptum. *L. 3. infr. de cond. trit.* Cum enim perseveret res certa omnibus temporibus esse eadem, quæ fuit, cum in obligationem deducta est: non potest, quin ut ab initio deberi cœpit, sic omnibus quoque temporibus debeatur, & quidem singulis talis, qualis tunc est: eam obligationem mora deinceps perpetuam facit. *L. nemo rem, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. ob.* Quod si vinum debebitur, res nimirum incerta: cum hic nusquam sit, quod debetur, eoque nullius certi temporis vinum debeatur, ne ullius quidem temporis æstimatio facienda est, quam præstari oporteat: præterquam si quod tempus certum fecerit conventio contrahentium, ad quod mutuo consensu vini præstatio referretur. Hæc tempora duo sunt: dies solutioni dictus, & secundum hunc, tempus litis contestatæ. In die constituto aperta conventio est. In tempore litis contestatæ tacita, per quam tale quidque in iudicium deduci intelligitur, quale est cum petitur. *L. 2. supr. de usur.* Eo fit, ut hic placeat non alia spectari. Quoniam autem utrumque simul spectari non potest, si quæratur, utrum sit spectandum potius: res est in tempore litis contestatæ expedita, si nullus dies solutioni constitutus est: tum enim tempus litis contestatæ est unum, ut alterum requirere ineptum sit. Quod si dies dictus erit, quo vinum redderetur, et vino petito duo hæc tempora concurrant: erit interdum, cum diem constitutum spectemus; interdum cum spectemus tempus litis contestatæ. In quo hæc definitio tenenda est ex *L. 3. § ult. infr. de act. em.* Ut si per debitorem mora fuerit, quominus sua die vinum solveret, condemnari debeat, utro ex his duobus temporibus pluris vinum fuerit; sin mora fuerit per creditorem, quominus acciperet, condemnatio facienda sit, utro tempore vinum fuerit minoris. Ita utrobique spectandum tempus litis contestatæ, si vel illic eo tempore vinum pluris fuerit; vel hic minoris. Quibus casibus quod contemnitur dies constitutus, quam id non adversetur huic loco, paulo ante satis ostendimus. Hæc omnia ita, nisi alio tempore quam die constituto debitor vinum obtulit creditori, quod ille sine iusta caussa accipere recusavit, & postea vini æstimatio aucta est:

non enim debet creditoris factum debitori nocere; quapropter non pluris damnandus est debitor, quam tum fuit vinum, cum oblatum est. Si non res aliqua, sed eius rei æstimatio ab initio in obligationem deducta sit: nihil ad rem pertinet, quæ sit sequentibus temporibus eiusdem rei æstimatio; mora ab alterutro ex contrahentibus facta sit, an non sit, & a quo. Non enim hic res ipsa debetur, ut propter eam quærendum sit de eius æstimatione; sed sola æstimatio eius temporis, quo contractum est, aut si cuius alterius temporis æstimatio nominatim designata sit in contrahendo. Quia hæc debetur, nec postea perit, semper præstanda est, etiam si res cuius æstimatio est, postea deterior facta sit, atque adeo perierit: & quia debetur sola, etiam solam præstari oportet, nec re postea meliore facta augebitur. *L. fundum, infr. de novat.*

32 INTERROGATUS, CUIUS LOCI PRETIUM SEQUI OPORTEAT] † Ut cum vinum, oleum, frumentum, & similes merces iudicio petitæ æstimandæ sunt, magni interest, cuius temporis æstimatio fiat, cum illa temporibus varie mutetur, eoque & de eo quæritur, ut supra: ita & in locis maxime, cuius loci æstimationem sequamur; cum hic præcipue illa varietas pretiorum exsistat, de qua scribit Caius in *L. ideo, infr. de eo quod cer. loc.* Ideo & de loco, quem hic spectemus, eadem dubitatio est, de qua etiam hic subiicitur: ubi in summa de loco eadem distinctio servatur, quæ supra in tempore tradita est. *Si convenisset*, inquit Iulianus, *ut certo loco redderetur*, æstimandum, *quanti eo loco esset*. Atqui & alio quovis loco idoneo vinum peti potest. *L. 1. infr. de eo quod cer. loc. L. eum qui insulam, supr. de iud.* Quid ergo, si petitum sit? Hoc sentit, non esse æstimandum, quanti sit eo loco, quo agitur, sed quo reddi debuit: nempe propter conventionem, qua contrahentes de eius loci utilitate sibi caverunt. Hæc neque debitori, si forte vinum eo loco minoris sit, neque creditori, si forte eo loco sit pluris, adimi debet. *§. loco, Inst. de act.* Sed & hoc ex *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.* sic accipiendum est: Si eo loco a neutro ex contrahentibus mora facta sit; quod ita fit, si aut neuter eo venit, aut venit quidem uterque; sed ut debitor non obtulit, ita creditor non petiit; aut etiam ultro diem solvendi debitori prorogavit. Quod si ab alterutro mora facta erit; ut prius in die, sic in loco constituto sequemur hanc distinctionem: ut si quidem mora in debitore fuit, quia creditor cum eo venisset, neminem offendit, a quo peteret, idque testatione complexus est, iuxta *L. sed etsi, in fin. infr. de usur. L. 2. infr. de naut. fæ.* aut venit debitor, & interpellatus eo loco non dedit: tunc æstimetur vinum, utro loco pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo agitur. Sin contra per creditorem mora facta est, quia debitor loco constituto vinum obtulit, quod creditor sine caussa accipere recusavit, aut cum quæreret, cui offerret, & vinum haberet paratum, neminem habuit, cui offerret: tum æstimetur vinum, quod creditori noceat, utro loco minoris sit; nam hæc distinctio in *d. L. 3.* diserte scripta est. Secundum quam sæpe evenire potest, ut contempto loco constituto spectetur eius loci æstimatio, ubi agitur: priore quidem casu, si vinum pluris est, quo loco agitur; posteriore, si minoris. Itaque quod ibidem scribitur in extremo, non oportere eius loci pretia spectari, in quo agitur, sed eius ubi vina tradi oportet, sic accipiendum est: quasi dictum esset non oportere præcise & absolute, seu non tantum, ut Accursius ex præcedentibus bene interpretatur. Cur autem his casibus locus constitutus contemnatur adversus moratorem, eadem ratio est, quæ facit, ut ei dies constitutus ad æstimationem eius spectandam non prosit: hæc quæ sit, suo loco ostendi. Hæc de loco solutioni constituto. *Quod si*, inquit Iulianus, *dictum non esset, ut certo loco vinum redderetur: pretium sequi oportere, quod sit, ubi esset petitum.* Ne quis hoc otiose caveri existimet, quasi nullum sit aliud tempus, de quo iuste possit dubitari, an sit spectandum, ubi non convenit, ut vinum certo loco daretur. Nam & nullo constituto loco ad solvendum, tamen duo sunt loca, ubi quis conveniri ex contractu possit, & ubi se defendere debeat: vel ubi domicilium habet, vel ubi contractum est. *L. heres, §. 1. & §. proinde, supr. de iud.* Finge creditorem egisse, ubi contractum erat; & tempore litis contestatæ (cuius temporis æstimationem sumendam supra dictum est) vinum pluris fuisse aut minoris in eo loco, in quo debitor domicilium habuit: non immerito dubites, utrius loci potius æstimationem sequamur, cum pariter utroque & solvi vinum & peti potuerit. Et placet eius æstimationem spectari debere, quo actum est. Merito: quoniam creditor hunc eligendo, eius quoque utilitatem secutus est, & in iudicium deduxit: in quam & reus se obligavit iudicium accipiendo: iudicio enim contrahitur

hitur. *L.* 3. *§. idem scribit, infr. de pecul.* Quid, si debitor eo loco, in quo domicilium habet, prius interpellatus, ut vinum solveret, moram fecit, & vinum eo loco pluris est? Non ideo eius loci æstimationem spectabimus, sed eius ubi agitur. Ut enim cum debitor ante litem contestatam interpellatus non solvit, non ideo eius temporis æstimationem spectamus, quia eius temporis vinum non debuit, & mora obligationem non auget: sic etsi alio loco interpellatus, ut daret, quam quo actum est, non dedit, non ideo sequemur æstimationem eius loci, quia nec eius loci, vinum debuit, nec mora augere potuit obligationem: quod non item de loco, ubi actum est, dici potest, cum in eum a litigatoribus consensum sit. Quid si e converso debitor creditori vinum obtulit eo loco, ubi domicilium habet, & in eo accipiendo creditor moram fecit? Quod in tempore respondimus, hoc idem dicemus in loco: ubi vinum oblatum sit, eius quoque loci æstimationem sequendam, si ibi vinum tunc minoris fuerit: iniquum enim esse pluris teneri debitorem, qui non teneretur, si creditor oblatum accepisset: denique pro soluto haberi oportere, in quo creditor accipiendo moram fecit. *L. qui decem, infr. de sol.* Cur autem huic sententiæ non putemus hunc locum adversari, tametsi in eo de æstimatione eius loci quo agitur, spectanda absolute scriptum est, supra in temporis æstimatione diximus.

Africanus lib. 2. Quæstionum.

Ad L. Si eum servum. 23.

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, & vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait: quasi ex re tua locupletior factus sim.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio huius loci, & dubitationis caussa de condictione, quam non videatur in proposito esse posse.*
2. *Qui rem alienam pro sua vendidit bona fide, teneatur de pretio actione negotiorum gestorum.*
3. *Hinc esse certi condictionem, condictionem autem sine caussa esse non posse.*
4. *De pretio rei meæ ab alio venditæ, quibus conditionibus mihi detur actio adversus eum, qui vendidit.*
5. *L.* 3. C. de rei vindicatione, *explicatur.*
6. *Ratihabitionem domini ad hanc actionem non esse necessariam.*
7. *Casus, ubi dominus rei ab alio venditæ possit rem suam vindicare ab emptore, & pretium consequi a venditore.*
8. *Nec malæ fidei venditorem teneri de pretio rei alienæ venditæ, nisi iisdem conditionibus, quibus bonæ fidei venditor.*
9. *Venditores rei alienæ plures si erant, qui teneantur de pretio quod acceperunt.*

AD condictionem certi Instituendam, de qua hoc titulo agitur, necessaria est cognitio earum caussarum, ex quibus iure obligatio oritur. Dicitur enim hæc condictio competere ex omni caussa, sed ea, ex qua certum iure petitur: ut prius caussam iure subesse oporteat, ex qua quid iure peti possit. Hæ caussæ magna ex parte in iure notæ sunt: traduntur enim earum genera quatuor, contractus, quasi contractus, maleficium, & quasi maleficium, ac cuique generi suæ species certæ subiiciuntur. *§. ult. Inst. de obl. & seqq. titulis.* Inde igitur earum cognitio huc afferri debet. De duabus caussis præcipue dubitatum est in hac parte a veteribus, quæ ideo per occasionem eius condictionis huic titulo insertæ videntur. Una est, cum res mea ad alium ita pervenit sine caussa, ut pervenerit & sine maleficio, & sine ullo meo consensu: de qua in *L. si & me*, 32. *infr. eod.* Altera, cum extrinsecus ex re mea quis locupletior factus est. quod contingere potest dupliciter: Vel dum is qui rem meam possidet, eam vendit pro sua, & pretium accipit: vel dum servum meum quis possidens ex peculio eius aliquid acquirit. De hac posteriore specie agitur in *L. cum fundus*, 38. *§.* 1. *infr. eod.* De illa priore est hoc responsum Africani. † Qui rem alienam bo- 1
na fide possidebat, eam vendidit, & pretium consecutus est. Quin de re ipsa non teneatur domino, non dubitatur. Non e-

nim

nim tenetur actione in personam, qui de ea re unnquam domino fuit obligatus. §. 1. *Inst. de act.* nec potest res ab eo vindicari, qui eam nec possidet, nec dolo possidere desiit. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* An de pretio saltem teneatur, quæsitum est. Hic scriptum est, posse dominum pretium ei condicere, non simpliciter, sed sub conditione, cum res vendita extincta fuerit: & addita est ratio, quasi ex re aliena venditor locupletior factus sit. De conditione, sub qua placet hanc condictionem dari, videbimus postea. Ante constituendum est, an esse possit in hac specie ulla condictio de pretio adversus venditorem, & an sufficiat, quod ait Africanus, venditorem ex re domini locupletiorem esse factum, ut teneatur. De quo non immerito quæritur. Nam si condictio est actio in personam, ut est §. *appellamus, Inst. de act. L. actionum, infr. de obl. & act.* non est hic condictio de pretio, nisi adversus eum, qui domino eo nomine obligatus est. *d. §. 1. Inst. de act.* Nec vero obligatur quisquam, nisi certis & notis illis ex caussis quatuor a iure receptis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: §. *ult. Inst. de obl.* eoque nec in alium, quam qui ex una aliqua harum caussarum tenetur, condictio est. *d. §. 1. de act.* At videamus, ne hic nulla sit ex superioribus, ex qua dici possit possessor qui rem bona fide vendidit, de pretio teneri. Nihil eum delinquere, aut quasi delinquere certum est, qui rem bona fide possidet, & quia suam putat, pro sua utitur vendendo: pretium autem ab eo, qui pecuniæ dominus est, accipit. Multo minus rem alii vendendo cum domino contrahere intelligitur is, qui cum domino nullum negotium gerit, nihil paciscitur, ac de eo ne suspicatur quidem. Quasi contractus, si quis hic accipiatur, non video, quis alius possit intelligi, quam quod negotium domini in re eius vendenda, gestum est. At hanc caussam condictionis in hac specie atque hoc responso vulgo interpretes maxima ex parte cum Bartolo repudiant: idque auctore Africano facere videntur, qui ex Iuliano aliam huius condictionis caussam reddit. Quæ igitur esse hic potest condictio de pretio adversus venditorem, ubi omnem obligationis & condictionis caussam sustuleris? Fatetur vulgo nullam hic esse condictionem summo iure, sublatis nimirum caussis illis superioribus: sed dicunt esse ex æquo & bono, quia venditor ex re aliena locupletior factus sit, ut Africanus ait: camque æquitatis rationem unam esse huius condictionis caussam probari volunt ex *L. si & me & Titium, infr. eod.* ubi scriptum est, cum pecunia mea facto meo ad te pervenit sine caussa, etsi pervenit sine contractu meo, tamen eam mihi a te reddi bonum & æquum esse. Sed videndum est, ne ex hoc responso incidamus in aliud incommodum, quod sit gravius, ut fateamur plures esse caussas, ex quibus obligatio & condictio oritur, quam illas quatuor, quas supra posuimus, quæque iure civili solæ agnoscuntur: quod si facimus, convellemus principia iuris de obligationibus, idest, divisionem obligationum notam, quæ traditur in *d. §. ult. Inst. de obl.* Deinde non est satis dicere æquum esse unumquemque teneri, qui ex re aliena locupletior factus est: sed amplius quærendum est, cur sit æquum, & si negetur esse, probandum: cum sine certa ratione non sit æquum. Non videtur autem id aliter ostendi posse, quam si hæc species ad unam aliquam ex iis caussis referatur, ex quibus obligatio nasci dicitur: & omnino si consentanea principiis iuris dicere volumus, ita facere debemus. Et cur hic laboramus, cum Africanus ipse rem expediat, & ad easdem illas caussas, quæ iure cognitæ sunt, huius condictionis caussam aperte revocet? † Is in *L. ult. supr. de neg. gest.* in hac ipsa 2 specie nominatim negotiorum gestorum actionem, quæ ex quasi contractu nascitur, domino dat adversus venditorem huius ipsius pretii nomine de quo quærimus, & eadem omnino conditione. Scio Bartolo & aliis quibusdam, dum eum locum oscitanter legunt, aut verius dum eum magis ex Accursii glossa quæ hoc loco est, accipiunt, quam legunt, aliter videri. Sed consulatur locus, & cum hac conferatur: tum an non utriusque loci eadem species sit, intelligetur. Hoc loco proponitur possessor servum alienum bona fide & ex caussa lucrativa, puta legatum possedisse, & vendidisse; Datur domino actio de pretio, cum servus venditus mortuus fuerit. Quid in *L. ult.* de negotiis gestis? Proponitur possessor non quidem servum alienum, sed quod idem valet, rem alienam bona fide, & ex caussa item non onerosa possedisse, & vendidisse. Datur itidem domino actio de pretio eadem illa conditione, non si res mortua fuerit, sed quod idem est, si in rerum natura esse desierit. An dubium est igitur eandem speciem facti, & eandem conditionem actionis dandæ illa *L.* contineri? Et tamen in hac ipsa specie, hac ipsa conditione idem auctor Africanus scribit, de pre-

pretio negotiorum gestorum actionem domino dandam. Quapropter nisi ille a se ipso dissenserit, eandem hic specialem actionem, certe eandem condictionis caussam intelligere debemus. Nec quisquam dixerit, quod Africanus ait negotiorum gestorum actionem domino dari adversus venditorem, sic accipiendum esse: si dominus venditionem ratam habuerit. Nulla enim eiusmodi conditio adiicitur in *d. L. ult.* non magis quam hoc loco, tantumque utrobique actio datur de pretio sub conditione, si res vendita in rerum natura esse desierit. Quin etiam hac conditione posteriore adiecta, manifestum est Africanum priorem illam repudiasse. Nam si dominus venditionem ratam haberet, esset illi statim negotiorum gestorum actio de pretio quamvis re adhuc exstante: ut non esset expectandum, donec res vendita exstincta esset. *L. 3. C. de rei vind.* Et cur in hac specie domino rei non sit negotiorum gestorum actio, si in re vendenda negotium eius gestum est? Est autem negotium eius hoc ipso, quod res eius est, in qua negotium emptionis gestum est, propter quod & pretium est acceptum. Existimavit quidem venditor se suam rem vendere, eoque opinione sua atque animo negotium suum gessit: sed re vera ut aliena res, ita & alienum negotium fuit, quod in ea gestum est. Hanc veritatem gerentis opinio non mutat: ideo & hanc ipsam veritatem sequimur, contempta eius opinione, ut fit & in aliis caussis similibus. *d. L. ult. in fi. L. si pupilli, §. sed etsi hominis, supr. de neg. gest.* Cur ergo si re aliena vendita statim negotium domini gestum est, non & statim agi potest adversus venditorem negotiorum gestorum; sed expectamus, donec res in rerum natura esse desierit? Quia ut competat negotiorum gestorum actio, non est satis negotium eius qui agit, gestum esse, sed ad eum cum quo agitur, in quo nulla culpa sit, etiam aliquid ex eo negotio pervenerit, oportet, ut sit quod inde domino restituere debeat. *L. 2. supr. de neg. gest.* Ideo hic exigitur, ut venditor ex ea venditione locupletior factus sit, ut sic ad eum pervenerit, quod restitueret. At enim hoc loco Africanus non negotiorum gestorum actione pretium peti posse dicit, sed *condici*. Non ideo negotiorum gestorum actionem in hac caussa competere negat: nam & cum actione speciali negotiorum gestorum certi condictio concurrit, ut liceat utra libet, experiri. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de iur.* At dicit pretium *condici*, nominatim addita ratione & caussa agendi: quæ hæc est: non quia negotium domini gestum sit, sed quia venditor ex re aliena locupletior factus sit. Sed & hæc ratio maxime eo spectat, ut in proposito actionem ob negotium domini gestum competere confirmet: non enim competeret aliter negotiorum gestorum actio, quam si is cum quo agitur, factus esset locupletior, ut ante dixi. Quid sibi vult igitur, quod in *L. 3 C. de rei vind.* cum in hac specie datur actio negotiorum gestorum de pretio adversus venditorem, ita datur, si dominus venditionem ratam habuerit? Species illic proposita hanc conditionem exigebat. Ibi enim de re vendita exstante agebatur: quod cum sit, necessarius est domini consensus, ut venditor fiat locupletior, atque ita locum habeat negotiorum gestorum actio. Re autem exstincta, de qua hic agitur, statim venditor locupletior efficitur: ut supervacua sit ad eam rem ulla domini ratihabitio, de qua postea. Effectum est igitur, cum possessor rem alienam quam suam putabat, vendidit, recte & principiis iuris convenienter in eum domino rei de pretio condictionem dari: postquam datur adversus eum qui obligatus est: & obligatio ex caussa iure civili cognita, nempe ex negotio gesto. † Sed 3
tantum ait Africanus posse dominum pretium condicere, nec de genere condictionis exprimit. Unde quæritur, quam hic condictionem intelligere debeamus. Et si hic ea caussa est, ex qua sit actio negotiorum gestorum de pretio, ut ostendimus: idest, ex qua iure propria actione quid peti potest, & quod petitur, certum est: dicendum est eo nomine esse certi condictionem, ut quæ competat ex omni caussa & omni obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi, supr. eod.* Sed & hanc ex caussa negotiorum gestorum competere nominatim scriptum est in *l. in duobus, §. exceptio, infr. de iur.* Hanc igitur intelligimus: præsertim cum ita fieri huic titulo conveniat, in quo sola certi condictio & proponitur, & explicatur. Quid, si aliam hic intelligere non possumus? Nam quod quidam cum Bartolo in hac specie dant condictionem sine caussa, defendi non potest; etiam si concederemus nullum hic domini negotium a venditore gestum esse. Quomodo enim pretium sine caussa apud eum, qui id ex caussa venditionis recte & bona fide contractæ accepit, & accepit ab eo, qui ut pecuniæ dominus erat, ita & dominium in accipientem transferre voluit? Non accepit hic quidem pretii habendi caussam

ab

ab eo emptore, qui dominus rei fuerit, utpote in quem dominium ab eo qui dominus non erat, transferri non potuerit. Sed non eo minus pretium habet ex iusta caussa, qui id habet ex caussa iustæ venditionis: nam & qui dominus non est, rem alienam potest vendere, ut emptio sit & venditio. *L. rem alienam, infr. de contr. empt.* Video, quid a veteribus traditum sit, & ut verissimum, ita & de condictione sine caussa accipiendum esse fateor, id quod ex iniusta caussa apud aliquem sit, posse condici *L. perpetuo, infr. de cond. ob turp. cau. L. 1. infr. de cond. sine cauf.* Sed quid ad rem pertinet, si pretium id de quo agitur, est apud venditorem ex caussa omnium iustissima, nempe venditionis? Sed & illud quid ad rem, quod afferunt ex *L. si & me*, infr. eod. *cum pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum & æquum esse?* Non enim hic agitur de pretio, seu pecunia, quæ fuerit unquam eius, qui eam condicit, sed quæ profecta sit ab extraneo emptore, cuius & pecunia fuerat: ut si ea condicenti reddenda est, non possit tamen dici ideo illi reddi, quia pecunia eius ad eum, cui condicitur, pervenerit. Hac condictione hic remota, manet altera quæ & rei, & huic titulo conveniat, nimirum certi condictio, quam supra posuimus: ut minus iam dubil sit, quin eam hic accipere & solam debeamus.
4 † Condictionem hic esse, & quæ sit, tenemus. Qua conditione detur, videodum est. Et diversis in locis varias conditiones adiici legimus: Alias si res vendita in rebus humanis esse desierit, ut hic; alias si usucapta sit, ut *L. 1. C. de reb. al. non al.* alias si dominus postea de venditione consenserit, ut *L. 3. C. de rei vind.* Sed una generalis conditio est, ad quam superiores non tantum referendæ, sed etiam exigendæ sunt, quæ & hic in extremo traditur: si venditor ex pretio locupletior factus sit. Ut quamvis hic condictio detur, servo vendito mortuo; non tamen hæc ratio sit dandi, quia servus sit mortuus; sed quia eo mortuo venditor incipiat fieri locupletior. Et recte hac conditione solum datur actio negotiorum gestorum, & propter hanc actionem condictio. Nam si venditor locupletior est, habet, quod ex negotio gesto restituat. Si non est: nihil ad rem pertinet dici negotium ab eo gestum esse, si inde nihil est consecutus, ut negotiorum gestorum actione teneatur. *d. L. 2. supr. de neg. gest.* Atque hac actione sublata nec condictioni certi locus esse potest, ut quæ præcedentem aliquam obligationis caussam desideret: nam hic condictionem sine caussa locum habere non posse supra satis ostendimus. Et generaliter ita definiemus: Quisquis rem alienam suo nomine vendit, is de pretio quod ex ea venditione consecutus est, non aliter domino tenetur, quam si inde locupletior factus sit, sive bona fide rem possederit, sive mala fide. Sic autem locupletior factus videbitur, si duo hæc concurrent: ut & ante ex caussa lucrativa rem possederit, & pretium consecutus ita id habeat, ut ei auferri non possit. Primum exigimus, ut qui rem alienam possidebat, & vendidit, eam ex caussa lucrativa possederit. Huc referri debet, quod hic proponitur is venditor, qui servum alienum, quem vendidit, possidebat tanquam sibi legatum: & in *L. ult. supr. de neg. gest.* venditor is, qui possidebat rem, quam ex peculio servi sui se habere putabat. Dici quidem potest hæc proposita esse exempli caussa, ut nihilominus idem iuris foret, etsi venditor rem alienam prius emisset. *L. 1. §. quod vulgo, infr. de vi & vi ar.* Sed consulto, non temere esse posita, quo alii venditores excludantur, ratio hoc loco subiecta liquido ostendit: nam hac cessante non potest responso esse locus. *L. quod dictum, supr. de pact.* Sic de pretio condictio hic datur adversus venditorem, si is sit locupletior. Non est locupletior, qui rem vendidit, & pretium accepit, si tanti prius emerat: quoniam nec rem prius habuisse videtur is, cui pretium abest. *L. Labeo & Sabinus, infr. de verb sig.* Nihil quidem adiicitur in *L. 3. C. de rei vind.* de caussa, ex qua venditor rem alienam possedit, quem tamen de pretio conveniri posse illic scriptum est. Sed nec etiam proponitur is, qui rem ex aliqua caussa possideret. Unde coniectura capi potest de eo illic agi, qui rem alienam nulla ex caussa possidens eam vendidit, ut postea de ea re cum domino ipso transigeret. Quod & exempla matris & mariti qui rem vendiderunt, illic posita satis indicant. Ideo enim matris persona addita est, ut ostenderetur illam magis iure coniunctionis & matris sibi hoc sumpsisse, ut rem filii aut filiæ venderet, quam quod suo aliquo proprio iure in ea re duceretur. Similiter & mariti persona quæsita, ut declararetur magis pro potestate mariti id eum fecisse, quam quod res ad illum ex aliqua caussa pertineret. Videbitur alicui obstare *L. Iulianus, supr. de rei vind.* Illic enim proponitur is servi alieni venditor, qui eum prius emerat: & tamen respondetur, si eum

si eum tum vendiderit, cum dominus ab illo eum petere cœpisset, & emptor eum occiderit; æquum esse venditorem pretium domino præstare. Sed pretium hic intelligendum est verum pretium servi, seu æstimatio; non pretium, quanti venditus a possessore fuerat. Agitur enim de vindicatione, & hoc vult intelligi Ulpianus: si servus petitus occisus sit, quamvis hoc sine culpa & dolo malo eius, a quo petitus est, contingat, tamen eum teneri, si servum vendidit, & servus ab emptore occisus est: quia hoc ipsum culpa sit, quod vendiderit, & factum emptoris præstare debeat. *L. si servum, in pr. & vers. idemque fiet, infr. de verb. obl.* Sic autem venditorem teneri vult, ut quoniam servum iam restituere non potest, pretium præstet, idest, servi æstimationem; ut prius in *L. item si verberatum, §. ultim. eod. tit.* locutus erat his verbis; *Si servus petitus vel aliud animal demortuum sit sine ullo dolo malo & culpa possessoris: verius est, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo pretium debere præstari:* ubi veram æstimationem servi ab illo dici omnes intelligunt. Ac pretium, quod ex venditione venditor consecutus est, non debere accipi in *d. L. Iulianus*, ex eo manifestum est, quod cum de petito, idest, vindicato servo agat Ulpianus, & dicat pretium ab eo, cum quo agitur, esse restituendum: non possit hæc restitutio fieri nisi eo iudicio, quod institutum est, idest, vindicatione; non præstatur autem a venditore rei alienæ id pretium, quod ex venditione accepit, nisi condictione, ut hic locus ostendit, idest, in personam actione. Non satis est enim qui rem alienam vendidit, rem possedisse ex caussa lucrativa, & pretium accepisse, ut videatur inde factus locupletior. Hoc amplius sic eum pretium accepisse oportet, ut certum sit esse mansurum, quia non possit ei auferri. Neque enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur quisquam, infr. de reg. iur.* Tunc autem certum esse incipit pretium apud venditorem mansurum esse, cum certum sit emptorem ob evictionem adversus venditorem regressum habere non posse. Id dupliciter contingit: Vel quod dominus rei venditæ proprietatem amisit, ut iam eam rem vindicare non possit, & emptori auferre: vel quod quamvis re evicta actio ob evictionem emptori non datur. Ut dominus rei venditæ proprietatem amittat, nec possit eam vindicare ab emptore, tribus modis accidit: Aut enim res in rerum natura esse desinit apud eum emptorem, qui bona fide possidebat: aut res ab emptore usu capitur: aut dominus rei suæ venditioni postea consentit. Re perempta non tenetur vindicatione emptor bonæ fidei; quia nec iam possidet, nec dolo desiit possidere. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Qui usucepit, tantum abest, ut adversus eum ulla sit vindicatio, ut ei contra vindicatio detur, cum dominus esse cœperit. *L. in rem, supr. de rei vind.* Domino autem venditioni consentiente, eadem opera & qui dominus fuerat, dominus esse desinit, & dominium transfert in emptorem. *L. qua ratione, §. hæ quoque*, illic, *nihil autem interest*, & *§. interdum. infr. de acq. rer. dom.* Hinc totidem casibus receptum est, ut qui dominus rei fuerat, pretium condicere possit venditori; quasi qui locupletior factus sit. Si res vendita in rebus humanis esse desierit, de pretio condictionem esse hic scriptum est, & in *d. L. ult. sup. de neg. gest.* An quod hic quidquam interitus proprium est? Imo ideo, quia hoc casu pretium apud venditorem mansurum est, atque hoc modo is fit locupletior, quod quærimus. Sed ut hoc contingat, eum emptorem esse volumus, qui bona fide possederit. Quod si emptor servum emptum postea servum alienum esse cognovit, sic deinde servus mortuus est: nihilominus & hic rei vindicatione domino tenetur, qua res ei evinci potest. *L. sin autem, §. si homo, supr. de rei vind. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quæ res facit, ut nec venditor videri possit ex pretio locupletior factus, cum id re evicta emptori restituere debeat. Quod si locupletior non est, nec potest ei pretium condici ex hoc loco. Nec obstat, quod in principio generaliter dicitur pretium condici posse, servo mortuo, seu re vendita perempta. Non enim videtur perisse res, quæ iure perinde habetur, quasi exstaret. *L. nemo rem, §. 1. infr. de ver. obl.* semper autem pro possessore dolus est. *L. qui dolo, L. parem, infr. de reg. iur.* Atque hic dolus est in eo, quisquis rem quam possidet, alienam esse cognovit. *d. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quod re vendita perempta de pretii condictione placuit, idem & re ab emptore usucapta traditum legimus in *L. 1. C. de reb. al. non alie.* Non dubium, quin eadem ratione: quia & hic non possit iam prior dominus rem evincere emptori, ut nulla evictione proposita, necesse sit pretium apud venditorem manere, quod ei nemo auferat. † idem 5
rece-

receptum in *L. 3. C. de rei vind.* re vendita exstante nec ab emptore usucapta, si dominus de venditione rei suæ consenserit. Hac ipsa ratione addita, quod dominus hoc modo amiserit rei suæ proprietatem. Ex quo intelligitur simul evenire, ut & venditor ex pretio fiat locupletior: id quod volumus. At enim hoc casu, dicet aliquis, non potuit dominus venditionem ratam habere, quæ eius nomine contracta non est, ut efficiatur eius negotium, quod eius nomine gestum non fuit. *L. si pupilli, §. sed si ego, supr. de neg. gest.* Hoc nihil certius. Neque nunc id agitur, ut domini ratihabitione ea venditio confirmetur: quod si fieret, frustra fieret, sive res adhuc exstaret, sive esset perempta, aut usucapta. Primum quia venditio satis ipsa per se valuit, ut non fuerit opus ad eam confirmandam domini ratihabitione: nam & rei alienæ venditio consistit. *L. rem alienam, infr. de contr. empt.* Deinde quia si venditio non valuisset ab initio, tractu temporis confirmari non posset. *L. quod initio, infr. de reg. iur.* Quid ergo quæritur hoc domini consensu? Nihil aliud, quam ut dominus rei venditæ patiatur eam rem manere penes emptorem, seu ut dominium in eum transferat. Hoc vero ille efficere potest, non aliqua prioris actus confirmatione, sed sola in futurum collata voluntate, quam tum declarat, cum dicit se de venditione consentire, ut supra ostendi. Neque tamen quisquam cum Bartolo existimaverit ex hoc facto nasci domino illam negotiorum gestorum actionem, quæ illi dari dicitur in *d. L. 3 C. de rei vind.* Nam isto modo daretur illi hæc actio, quia ipse venditoris negotium gessisset: quod secus est. Ideo enim adversus venditorem hanc actionem habet, quia venditor eius negotium gessit, ut est in *d. L. ult. supr. de neg. gest.* Cur ergo, si venditor vendendo domini negotium gessit, exspectatur hic domini consensus, ut possit negotiorum gestorum actionem exercere? Iam dixi, etsi venditor rem alienam vendendo gessit iam ab initio negotium domini: non tamen id satis esse, ut domino teneatur negotiorum gestorum, nisi ex eo negotio factus sit locupletior. Ita hoc superest, ut locupletior fiat: quod accidit proprietate rei vel superiore consensu, vel alio modo amissa. Unde & negotiorum gestorum illi constituitur actio: non tamen nata ex hoc consensu, etsi non nascitur nisi post hunc consensum, quasi post eum exstiterit con-
6 ditio, ex qua actio pendebat. † Cum autem in his caussis, quæ supra scriptæ sunt, obligationis & condictionis de pretio adversus venditorem constituendæ ratio hæc sit: si venditor locupletior factus sit: in singulis autem proprietate rei domino amissa pariter venditor fiat locupletior: apparet valde errare eos, qui ut in his re vendita vel perempta vel usucapta competat actio negotiorum gestorum aut condictio, hoc exigunt, ut dominus in subsidium venditionem ratam habeat. Si re perempta aut usucapta venditor locupletior factus est, nihil requiremus amplius ex hoc loco, & *d. L. ult. supr. de neg. gest.* Sed & in *L. 3. C. de rei vind.* diserte scriptum est, *quocunque modo dominus proprietatem rei venditæ amiserit, habere eum hoc ipso negotiorum gestorum actionem.* Si hæc proprietate rei amissa domino contingunt non propter hanc amissionem, aut quia domino aliter consuli non possit; sed quia fit hoc modo, ut domino rem suam non evincente pretium apud venditorem maneat, qua ex re ille fiat locupletior: probandum est, etsi alias domino rem evincente pretium apud venditorem maneat: tamen similiter & hic domino condictionem de pretio dandam adversus venditorem. Sic autem manebit, si hoc casu re evicta cesset actio de evictione: quod tunc accidit, cum emptor rem alienam sciens emit. *L. si fundum, C. de evict.* † Ergo utrumque dominus 7
consequi poterit, & rem ab emptore eam vindicando, & pretium a venditore, condicendo? Puto posse. Finge enim dominum in rem agendo prius ab emptore rem suam esse consecutum. Nihil prohibet, quominus postea pretium venditori condicat. Nam hic negotium domini gessit, & ex pretio locupletior est: ut necesse sit & hunc eo nomine negotiorum gestorum actione domino teneri. Dici quidem potest non esse æquum dominum rem suam habere, & rei pretium. *L. si & rem, supr. de her. pet.* sed hoc tunc locum habet, cum pretium rei propter rem petitur: quod fit, cum res petitur, & quia non restituitur, petitur æstimatio. *d. L. si & rem. L. nec ullam, §. pen. supr. de her. pet.* At hic pretium rei venditori condicitur, non propter rem, quam is debeat restituere; sed quia prius eius rei pretium consecutus sit vendendo, id est, negotium domini gerendo: quo nomine propria actione negotiorum gestorum obligatur, ut id restituat. Ab ea obligatione non potuit eum liberare emptor rem petitam restituendo: quia in eo nec solvit, quod venditor debebat, nec solvit eius nomine. arg. in *L. qui servum, supr. de inter.*

inter. L. si quid possessor, supr. de her. pet. Nec ulla hic fit iniuria sive emptori, sive venditori: non emptori, cum res eius non fuerit: non venditori, ut qui pretium consecutus sit ex re aliena: quod plane aequius est eum habere, cuius res fuit, quam eum cuius res non fuit: cum praesertim hic venditor de lucro certet, non de damno. Finge e converso dominum prius condicere pretium venditori: quid dici potest, cur non possit postea rem suam ab emptore vindicare? neque enim prius rei suae aestimationem consecutus est, sed negotii sui fructum, qui ad venditorem ex eius administratione pervenerat. Et posse dominum rem suam nihilominus adhuc a possessore vindicare probat *L. Stichum, §. dolo, infr. de sol. d. L. nec ullam, §. pen. in fin. supr. de her. pet.* Nec recte postulabit venditor, ne aliter pretium domino restituere cogatur, quam si dominus venditionem ratam habeat, ne emptor inquietetur: hoc enim venditori caveri nihil eius interest: quod cum sit, nulla huiusmodi postulatio admittitur. arg. *L. is a quo fundus, supr. de pet. her.* Sed quae de venditore rei alienae hactenus diximus, de bonae fidei venditore dicta
8 sunt, & de uno, non de pluribus. † Quid, si is rem alienam vendidit, qui sciebat esse alienam? an ut possit de pretio a domino conveniri, eadem in eo exigemus, quae in bonae fidei venditore: ut scilicet prius ex lucrativa caussa possederit, deinde re vendita amiserit dominus rei vindicationem, ut sic nec res nec pretium possit venditori auferri? an vero statim venditor tenebitur propter malam fidem, nec quidquam intererit, locupletior ex pretio factus sit, an non sit? Et cum in hac specie condictio pretii, quae adversus venditorem datur, non ex mala fide venditoris nascatur, sed ex negotio gesto, *L. ult. supr. de neg. gest.* non sit autem actio ex negotio gesto, nisi de eo quod ad gerentem pervenit: *L. 2. supr. de neg. gest.* cum praeterea hoc ipso in loco nominatim detur haec condictio adversus venditorem, quia is ex pretio locupletior factus sit: apparet nihil hic proprium statui venditoris bonae fidei, potius quam eius, qui mala fide possidet: sed cuicunque rei alienae venditori, aut res ipsa aut pretium potest auferri, ut ne sit ex re aliena locupletior, hunc de pretio, quod ex venditione consecutus est, domino non teneri. Is quidem qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, qualis est is, qui mala fide possidens rem vendidit, tenetur domino in rem actione, vel ut rem restituat, vel ut pretium etiam quanti in litem iuratum est. *L. sin autem, §. si homo, L. qui petitorio, L. qui restituere, supr. de rei vind.* quoniam & hic pro possessore habetur. *L. qui dolo, infr. de reg. iur.* At de pretio, quod ex venditione percepit, nulla est actio, qua domino rei teneatur, si id ei, aut res ipsa auferri potest: non enim potest id pretium vindicari, quod nunquam domini rei fuit: nec condici ei, qui locupletior ex re aliena factus non est. Nec dicemus rei vendita pretium in locum rei successisse ex *L. si a domino, alias, si possessor, §. si praedo. in fi. supr. de her. pet.* hoc enim in rebus hereditariis solum receptum est, quia in his & pretium fit hereditarium. *L. si & rem, L. quod si in diem, §. sed & is qui, supr. de pet. her.* Haec de uno venditore. † Quid, si plures erunt eiusdem 9
rei alienae venditores? ut puta, qui primus emerat, eandem rem vendidit alii, deinde hic rursus alii, & tandem res aut periit, aut a postremo emptore usucapta, vel domini consensu in illum translata est: utrum unus tantum ex his venditoribus tenebitur, & quis, an vero omnes? Iam dixi eos venditores de pretio non teneri, qui ex onerosa caussa rem possederunt. Quare si fingas omnes secundos venditores prius emisse, solus tenebitur primus venditor, qui ex lucrativa caussa possidebat. Quod si proponas duos venditores eiusdem rei, quorum uterque ex lucrativa caussa possederit: consequens erit re postea domino amissa utrumque de pretio pariter domino teneri, quia ambo negotium domini gesserint, & sint ambo ex re aliena locupletiores. Finge eum qui ex caussa legati possidebat rem alienam, eam vendidisse: emptorem primum eam donasse Titio: hunc rursum vendidisse alii: sic deinde rem interiisse, aut esse usucaptam, aut dominum de venditione posteriore consensisse. Dicemus & primum venditorem, qui rem ex caussa legati possederit, & Titium venditorem secundum, qui rem possederit ex donationis causa, ambos a domino de pretio conveniri posse, ut locupletiores, & qui negotium domini gesserint: idque & vulgo placet, ut Bartolus testatur in *L. 3. C. de rei vind.*

Ad L. Si quis certum. 24.

Ulpianus lib. singulari Pandectarum.

Si quis certum stipulatus fuerit: ex stipulatu actionem non habet: sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

S U M M A R I A.

1. *Ex stipulatu agere ambiguum.*

2. *Stipulatus, stipulatio.*

EX stipulatione certa est condicticia actio, idest, condictio: non tamen omnis, sed ea per quam certum petitur: Idest, uno verbo, certi condictio. *Inst. de verb. obl. in pr.* Ex eadem stipulatione non est actio ex stipulatu, ut hic scriptum est: quippe quæ solum prodita sit ex stipulatione incerta, ut est in *d. tit. Inst. de verb ob. in pr.* Sed hoc posterius pugnare videtur cum *L. prædia, infr. de act. em. L. si pacto, C. de pact.* ubi qui pœnam petit stipulatione comprehensam, dicitur eam petere ex stipulatu, & agere ex stipulatu, cum tamen constet pœnæ stipulationem maxime certam esse. *L. si pœnam, infr. de ver. ob. §. ult. Inst. eod.* Sed & Iustinianus in *L. unica, §. 1. C. de rei uxo. act.* constituit, ut omnes dotes etiam certæ per actionem ex stipulatu
1 exigantur. † Hæc facile conciliantur cognita horum verborum, *ex stipulatu* ambiguitate. Interdum enim hæc verba nomen actionis exprimunt; interdum significant caussam agendi. Cum his significatur actionis nomen, vere dicitur actionem ex stipulatu non competere ex certa stipulatione, seu ex stipulatione certa ex stipulatu agi non posse: quia hoc nomine actionis in hoc genere contractus non utimur. Ac de nomine actionis hoc loco agi certum est, ubi actio ex stipulatu opponitur certi condictioni, quæ duæ sunt actiones distinctæ: ambæ tamen pariter ex stipulatione, quod & similiter fit *in pr. tit. de verb. obl. Inst.* At cum his verbis, *ex stipulatu* significatur agendi caussa, tum non minus recte dicitur ex stipulatu agi, cum ex stipulatione certa agitur,
2 quam cum agitur ex incerta. † *Stipulatus* enim verbum stipulationem significat, *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* ut cruciatus cruciationem, peculatus depeculationem, & similia. Porro sive certa sit stipulatio, sive incerta, quæcunque inde erit actio, semper verum erit eam esse ex stipulatione, idest, ex hoc contractu, atque hac caussa: proinde ex stipulatu, cum hoc verbo naturaliter stipulationem significamus. Iam vero notatur hoc verbo hæc agendi caussa in *d. L. prædia, & L. si pacto:* idque non obscure. Nam in *L. prædia* agitur de eo, qui agere ex stipulatu potest ac pœnam petere, & agere ex vendito in id quod sua interest id factum esse, de quo convenerat: ubi aperte opponitur, non actio actioni, sed caussa caussæ, idest, actio qua ex stipulatione agitur, ei actioni qua agitur ex venditione. In altera autem, idest, in *L. si pacto, C. de pact.* proponitur Is, qui pactus erat, ut quid fieret, & nisi fieret, stipulatus erat pœnam. Quæritur, an si placito statum non sit, possit ex stipulatu agere: ubi apparet hoc quæri, an possit agere ex stipulatione. Similiter & quod Iustinianus in *d. L. unica, §. 1. de rei ux. act.* vult actione ex stipulatu dotes omnes exigi, sequentia docent hoc eum sentire, ut dotes omnes exigantur tanquam ex stipulatione, seu tanquam si stipulatio intervenisset. Hoc enim ipse sic interpretatur, cum ita scribit: *Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non fuerit, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta.* Vide quæ scripsi in eandem sententiam ad *L. si pacto, C. de pact.*

Ad L.

Ad L. Creditor. 25.

Idem lib. singulari de officio consularium.

Creditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.

SUMMARIA.

1. *Ob restitutionem ædificii qui credidit, in bonis debitoris privilegium habet, & pignus; & vis utriusque.*
2. *Restitutio ædificii quid.*
3. *Caussa beneficii.*

1 EI qui ad restitutionem ædificii pecuniam mutuam dedit, ad eam pecuniam exigendam & privilegium datum est, & pignus. Privilegium, de quo hoc loco, & *L. 1. infr. de ceſſ. bon. L. si ventri, §. 1. infr. de reb. auct. iud. poſſ.* Pignus, de quo in *L. 1. infr. in quib. cauſ. pig. vel hyp. tont.* Privilegium est prærogativa exigendi, qua consequitur creditor, ut cæteris creditoribus quamvis tempore prioribus, dum in personam agentibus, præferatur. *L. privilegia, infr. de reb. auct. iud. poſſ.* Pignus in hoc proficit creditori, ut non tantum crediti nomine possit agere adversus debitorem, sed etiam adversus omnem ædificii restituti possessorem, ut est natura pignoris persecutionis. *L. pignoris, L. si fundus, §. in vindicatione, infr. de pig.* Pignus etiam ad hoc conducit, ut creditor, qui in restitutionem ædificii credidit, aliis etiam creditoribus quamvis hypothecam habentibus & tempore prioribus præferatur: quia pecunia hic credita salvam fecerit totius pignoris caussam. *L. interdum*, & seq. *infr. qui pot. in pig. hab.* † Restituere ædificium est hic, sublatum reponere ac reficere. *L. cum duobus, §. idem respondit, infr. pro ſocio.* Cum alioqui restituere generaliter sit in pristinum statum reducere, etiam si quis, quod factum erat, tollat. *L. 2. §. restituas, infr. ne quid in loc. pub.* † Hæc caussa ideo præcipuum favorem meruit, quia restitutio, idest, reparatio ædificiorum, omnisque exstructio pertinet ad decorem & ornamentum urbis. 2 3

Ad L. Si pecuniam. 26.

Idem lib. 5. Opinionum.

Si pecuniam militis procurator eius mutuam dedit, fideiussoremque accepit: exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator iuvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.

SUMMARIA.

1. *Procurator domini pecuniam mutuam dando actionem domino acquirit, sive det nomine domini, sive suo.*
2. *Militi proprie hoc datum, ut acquiratur ei actio ex stipulatione procuratoris, etsi procurator stipuletur ei pecuniam reddi.*

SI *pecuniam militis*, inquit Ulpianus, *procurator eius mutuam dedit, & fideiussorem accepit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.* De milite nominatim hoc dictum est, ut intelligeremus singulare aliquid hic constitui, quod militi tribueretur, non etiam aliis. Idque etiam ex eo apparet, quod Ulpianus actionem in ea caussa dari ait militi exemplo eo, quo daretur, si tutor pupilli, aut curator adolescentis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit. Quo argumento nihil opus fuerat, si in omnibus dominis idem ius esset, quorum pecuniam procurator eorum mutuam dedisset. Quæritur igitur, quid hic sit in mili-

milite singulare, quod in eodem facto non item tribuatur cæteris dominis paganis: 1 quod quærentibus non statim occurrit. † Quid enim dicemus? procuratorem militis pecuniam militis mutuam dedisse eius nomine, atque ita militi actionem quæsitam esse? Recte dicemus: sed nihil hic proprium militis; nihilominus enim hoc idem fieret in quovis pagano, cuius nomine alius non dico procurator eius, sed maxime extraneus pecuniam non illius, sed suam dedisset mutuam alteri. *L. certi, §. si nummos, supr. eod.* Volumus procuratorem militis pecuniam eius mutuam dedisse suo nomine, eamque sibi reddi stipulatum? Ulpiani quidem hoc loco sententiam esse apparet hoc casu militi actionem dari: quoniam etsi tutor pupilli pecuniam dedisset mutuam suo nomine, actio acquireretur pupillo. *L. 2. D. quan. ex fa. tut. L. 2. C. eod.* Sed ne hic quidem quidquam proprium militis. Nam etsi cuiusvis alterius procurator pecuniam domini mutuam daret suo nomine, quam & sibi stipularetur; tamen & domino utilis actio daretur. Generaliter enim traditur, quod procurator ex re domini stipulatus est, id dominum etiam invito procuratore petere posse. *L. quod procurator, supr. de proc.* Proinde etsi hic procurator eo nomine fideiussorem accepisset, ex eadem regula domino adversus fideiussorem actionem daremus: nam & ea stipulatio, qua fideiussor obligatur, ex re domini est. † Quid igitur hic singulare in milite? Unum illud, quod & 2 Ulpianum sensisse, exemplum additum declarat: si proponatur procurator militis pecuniam eius dedisse, & nominatim stipulatum esse eam reddi domino suo tam a reo, quam a fideiussore. Nam hoc modo alterius procurator si stipuletur, inutilis sit stipulatio. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. & act.* Idem si faciat procurator militis, utilis actio militi eo nomine dabitur. Quam ad speciem confirmandam potissimum referri debet argumentum tutoris & curatoris pecuniam pupilli vel adulti his reddi stipulantium, quo Ulpianus utitur. Nam ex eiusmodi conventione pupillo & adulto actio utilitatis caussa datur eodem auctore in *L. eum qui, §. si actori, infr. de const. pec.*

Ad L. Civitas. 27.

Idem lib. 10. ad Edictum,

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniæ versæ sunt. Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.

SUMMARIA.

1. *Civitatem mutui datione obligari posse; sed quibus conditionibus.*
2. *Civitatem mutui datione non teneri, quamvis actor civitatis acceperit nomine civitatis, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sint.*
3. *Civitas ipsa si acceperit, omnimodo obligatur, & quando videatur ipsa accipere, gerere, contrahere.*
4. *Civitatem consentire posse.*
5. *Civitatem in his quæ ipsa recte coacta gessit, sic obligari, ut nec restitui ut minor possit.*
6. *Actore civitatis mutuam pecuniam accipiente nomine eius, obligatur civitas mutui datione, si pecuniæ in rem eius versæ sint: non ante, & cur.*
7. *Vici, collegia non alio modo obligantur, quam civitas.*
8. *Civitas quibus in caussis exemplo minorum in integrum restitutione utatur.*
9. *Universitates cæteræ ut vici & collegia, non ut civitas in integrum restitui possint, excepta ecclesia.*
10. *Versam in rem civitatis pecuniam, creditorem probare debere, & quomodo probetur.*
11. *Actores civitatis pecuniam civitati nomine accipientes, an & ad quid teneantur.*
12. *Civitatis nomine pecunia data actori municipum, adversus atros actiones suas dirigere, & quomodo in ea re se instituere debeat creditor, ut sibi caveat.*

Paucis verbis tres hic statuuntur sententiæ, quæ non eo tantum distincte proponendæ sunt, ut observentur, sed etiam & multo magis, ut explicentur. Ut enim dignæ sunt observatione; ita & singularem quandam rationem habere videntur, quæ explicanda est. Conceptione autem ipsæ sunt eiusmodi, in quibus multa cavenda sint: alioqui fiat, ut multis modis sint falsæ. Duæ sunt de civitatis obligatione circa pecuniam creditam. Una, quæ docet, ubi civitas mutui donatione obligari possit. Altera, ubi ea datione non obligetur. Tertia est de obli-

obligatione eorum, qui civitatis nomine mutuum acceperunt. Singulas ordine ex-
1 pendemus. † Prima igitur sententia hæc est: Civitatem mutui datione obligari posse, si ad utilitatem eius pecuniæ versæ sunt. In hac hoc præcipiendum est, diligenter cavendum esse, ne quod dicitur civitatem suprascripta conditione obligari posse, sic accipiamus: quasi dictum esset ista conditione civitatem obligari. Neque enim verum est semper hoc modo obligari civitatem. In quo si quæritur, quando pecunia in rem civitatis versa, civitas obligetur, de eo sic habendum est. Interest, utrum ipsa mutuum accipiat, an alius. Si civitas ipsa accipit: obligatur sine dubio tunc cum pecunia in rem eius versa est: nam etsi versa non esset, tamen, ut existimo, obligaretur: de quo in altera sententia dicendum est. Neque ideo Ulpianus frustra adiecit conditionem, *si pecuniæ in utilitatem eius versæ sint.* Tota enim definitio huius loci ad id mutuum collata est, quod non civitati, sed aliis datum est, a quibus postea pecunia ad civitatem pervenit, ut indicant illa verba: *alioqui ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Quod si alius quam civitas pecuniam mutuam acceperit: requiremus quidem hoc primum ad civitatis obligationem, ut pecunia in rem civitatis versa sit, de quo postea: sed nihil prodest deinde versam esse, ut civitas obligetur, nisi ab initio & qui accipit, actor fuerit civitatis seu municipum, & ei pecunia data sit nomine & contemplatione civitatis.. Propone extraneum aliquem pecuniam mutuam accepisse civitatis nomine, eamque etiam in rem eius vertisse. Non ideo civitas obligabitur ei, qui mutuum dedit: quoniam nec ab illo quidquam accepit civitas, sed ab eo qui pecuniam in rem eius vertit: nec cum illo quidquam negotii gessit, consensitve, quo illi obligaretur. Mutuum autem quod dationem desiderat, ut non est sine eo qui det, ita non est sine eo qui accipiat. Idem cum sit contractus, non potest inter aliquos existere sine consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* At si actor sit civitatis, qui pecuniam accipit, potest huius facto civitas obligari: quia & potest videri pecunia accepta esse voluntate civitatis, quæ eum constituit. arg. in *L.* 1. §. *item acquirimus, infr. de acq. pos.* & *L. si institorem, infr. eod.* Sed tamen & hoc ita est, si actori nomine civitatis pecunia mutuo data sit. Quod si ille suo accepit, eum is qui dabat, ipsius nomine daret, non contemplatione civitatis, quantumvis postea pecuniæ in rem civitatis versæ sint, & ille ab initio apud se hoc animo fuerit, ut verteret; tamen solus ipse, non civitas mutui datione obligabitur. *L. cum qui, C. eod.* Ne minor quidem, si pecunia tutori mutuo data sit, & in rem minoris postea profecta, aliter obligatur, quam si nomine eius data sit. *L.* 3. *C. quan. ex fac. tut.* Nec mirum id constitui, cum de obliganda civitate agitur: nam etsi quid daretur procuratori, & is non esset hoc animo, ut domino acquireret, placet id domino acquiri non posse. *L.* 1. §. *per procuratorem, infr. de acq. pos.* Quanto minus dominum obligabit sive actor sive procurator, si in re aliqua contrahenda non est ea mente, ut dominum obliget? Denique in re quæ ex consensu valet, absurdum est alios obligari, quam de quibus inter contrahentes actum est. Sane si pecunia syndico civitatis ut syndico data sit: satis hoc est, ut videatur nomine civitatis data, & civitas eo facto obligetur. arg. *L. ult. infr. de inst.* Non ergo, ut dixi, statim civitas mutui datione obligatur, quantumvis pecuniæ quæ mutuo datæ erant, in utilitatem eius versæ sint: sed in eo illæ sunt præterea conditiones, quas supra ostendi. Cui non adversatur definitio Ulpiani. Adversaretur, si scriberet supra scripta conditione civitatem obligari mutui datione. Cum enim generaliter definiret, nec adiiceret aut a quo, aut quo nomine pecuniæ mutuo acceptæ sint, quæ deinde versæ sunt in civitatis utilitatem: sic definitionem accipere deberemus, ut nihil exciperet. *L. metum,* §. 1. *supr. quod met. cau. L. item veniunt,* §. *petitam, ver. a quo. supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publician.* Nunc autem observandum est Ulpianum non dicere civitatem mutui datione obligari, si ad utilitatem eius versæ sint: sed obligari posse. Quæ oratio non est generalis, nihilque amplius exprimit, quam fieri posse, ut hoc modo civitas obligetur: id autem ut verum sit, satis est, si vel una aliqua in specie possit obligari, non in omnibus: si aliquando, non semper. Ita ex his verbis semper hæc quæstio relinquitur: Quando superiore conditione civitas obligetur, semperne & omni modo, an interdum: & si interdum, quando: de quo ante dixi. Unde intelligitur Ulpianum hoc loco non tam ostendere voluisse, ubi civitas obligaretur, quam ubi non obligaretur: ideo posuisse conditionem, non sub qua vellet civitatem obligari, sed sine qua significaret illam non obligari, quantumvis alia omnia intervenerint in pecunia mu-

tuo

tuo data, quæ ad civitatem obligandam facere videbantur. Id quod apertius exprimit postea, cum subiicit, *alioqui civitas non tenebitur*: de qua parte iam videamus.
2 † Secunda hic sententia est, qua definit, si pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ non sint, civitatem mutui datione non teneri. Si extraneus acceperit: non mirum, quamvis mutuam acceperit nomine civitatis. Nam nec si ita acceptam in rem civitatis postea verteret, eam tamen obligare posset alii, cum quo illa non contraxit. Idemque de actore civitatis dicendum est, si is in utilitatem civitatis non vertit eam pecuniam, quam suo nomine mutuam acceperat: quando nec civitas ea datione obligaretur, quamvis pecunia postea versa esset in eius utilitatem, ut de utroque antea docuimus. Sed etsi actor civitatis pecuniam ab initio acceperit civitatis nomine: ne hoc quidem adeo mirum est, si ea pecunia in utilitatem civitatis non versa, non obligetur civitas. Ut enim curator minoris, sic actor civitatis conditionem civitatis meliorem facere potest; deteriorem non potest, quia hac conditione constitutus videtur: de quo tamen
3 amplius paulo post. † At quid si civitas ipsa mutuum acceperit? quid si nominatim mandavit, ut mutuum acciperetur ab eo, qui dedit? an exspectabimus, dum pecuniæ versæ sint in rem civitatis, & si versæ non sint, civitas non tenebitur? de quo variæ sunt & dissidentes interpretum sententiæ. Ego cum Bartolo existimo, si civitas ipsa pecuniam acceperit, illam non minus quam privatum quemvis statim obligari: nec referre, utrum pecunia in rem eius versa sit, an non sit. Sed videndum, quando illa accipere & contrahere intelligatur. Et nemo negaverit esse aliqua, quæ sint propria civitatis: ut cum facta erunt, vere dici possit illa civitatem ipsam fecisse, non alios nomine civitatis. Huius generis sunt, magistratuum municipalium creatio, & legum municipalium constitutio. Creantur magistratus municipales, cum municipes rite & solemni more convocati suffragiis suis aliquos designant, quos velint esse magistratus. Conditur lex municipalis, cum eodem modo coacti cives constituunt de re aliqua ad civitatem pertinente, quid fieri velint. Quæ cum facta sunt, omnes intelligunt, & ita loquuntur, civitatem magistratus creasse, & legem constituisse: alioqui neque magistratus, neque hæ leges tenerent omnes. Dicendum est igitur & tunc civitatem mutuum accipere & contrahere videri, cum ita coacta est, ut solet coire in magistratibus creandis, & legibus condendis: atque ita coacta eodem consensu decernit, ut mutuum accipiat ab eo, qui dat: accipiat autem per eum, cui ut acciperet, negotium dedit. Sed etsi in eodem conventu nominatim constituat actorem, eique mandet, ut pecuniam mutuam alicunde accipiat, & existat deinde aliquis, qui hoc mandatum secutus det pecuniam actori: ipsa civitas mutuum accipere recte dicetur: gerit enim, qui mandat geri, & facit, quisquis facit per alium. *L. 5. §. gessisse, infr. de admi. tut. L. 1. §. ait, infr. unde vi.* Quod si ordo tantum decurionum accipiat, aut actor ab his constitutus, ut solent plerumque actores ab his constitui. *L. 3. & 4. supr. quod cuius. univ. nom.* non videbitur civitas contraxisse, sed magis administratores & actores civitatis. Hoc igitur sentio: cum civitas ita mutuum accepit, aut mandat accipi, ut supra dictum est, eam mutui datione statim obligari: nec debere creditorem esse solicitum, quam in rem ea pecunia vertatur; sed quamcunque in rem versa sit, cum civitate ex ea caussa quandoque agi posse. Hoc ita statui necesse est, si civitatis ea persona est, quæ obligari possit, & in hac acceptione ea facit, ex quibus mutui obligatio oritur, nec in eo alienum consilium seu auctoritatem desiderat. Civitatis eam personam esse, quæ ex delicto & ex contractu obligari possit, constat. De delicto est in *L. metum, §. animadvertendum, 5. quod met. caus.* De contractu est hic locus, ubi diserte scriptum est, non alios nomine civitatis, sed civitatem mutui datione obligari posse. Quæ ad mutui obligationem pertineant, videamus. Mutuum duabus rebus perficitur, rei datione, & dantis atque accipientis consensu in hoc, ut sit mutuum. Horum utrumque intervenire palam est, cum mutua pecunia datur eo modo, quo supra dictum est, vel civitati, vel his quibus civitas dari voluit: nisi quis dicat hæc in civitatem non cadere: quod non ita est. Nihil interest possessionem alicuius rei accipiat civitas, an res cæteras. At municipes possidere & usucapere posse convenit: idque eis non solum per servum, sed etiam per liberam personam cui acquirendi potestatem dederint, acquiri. *L. 2. infr. de acquir. pos.* Proinde & mutuam pecuniam per hos ipsos accipere possunt, ut eam sibi acquirant, & mutuam sibi habeant. † Civitatis autem certum consensum esse in rebus gerendis hæc probant: 4
Nam municipibus restitui ex Trebelliano hereditas potest: his heredibus institutis acqui-

acquirere hereditatem permissum est: licet & his delatam sibi bonorum possessionem petere. *L. 1. infr. de libert. universitat. L. omnibus, infr. ad Trebell.* quæ omnia geruntur consensu. Quid, quod licet civitati legem municipalem condere? *L. 3. §. plane, infr. quod vi aut clam:* in quo multo certior consensus atque auctoritas civitatis cernitur: cum nusquam magis consensu & consilio opus sit, quam in ferenda lege. Unde lex, virorum prudentium consultum dicitur a Papiniano, & communis Reip. sponsio. *L. 1. supr. de legib.* Huc pertinet, quod civitatem vim facere posse, & eo facto illam teneri non minus quam privatos, scriptum est in *d. L. metum, §. animadvertendum, supr. quod met. caus.* Quod non eo a me nunc affertur, ut sit argumentum, si civitas delinquendo obligatur, etiam contrahendo eam obligari, ut quidam argumentantur, arg. *L. omnem, sup. de ind.* In promptu enim esset reprehensio: cum minores ex delicto ita obligentur, ut nec his in hac caussa subveniatur; quibus tamen placet in contractibus subveniri, ne læsi teneantur. *L. si ex caussa, §. nunc videndum, supr. de minor.* Sed hoc statui eo spectat, ut intelligatur civitatem consentire posse non minus quam privatos: alioqui nec vim facere putaretur, aut obligaretur faciendo. Nam nec inter privatos hi tenentur ex maleficio, in quibus nullum iudicium, aut consensus est, ut impuberes, qui doli capaces non sunt. *L. impuberem, infr. de furt.* In summa cætera gerere consensu civitas potest: quare & mutuum accipere consensu. Quo contractu posito necesse est & eam obligationem sequi, quæ ex mutui datione nascitur. *Inst. quib. mo. re cont. obl. in princ.*
5 † Atque hoc ita, nisi in civitate non satis firmum iudicium est, ut necesse sit eam alieno consilio regi, ac propterea dici debeat, ut minores, sic civitatem in rebus gerendis propter infirmitatem consilii aut non obligari, aut obligatam in integrum restitui posse. Sed in civitate quæ solemniter ita coacta, ut diximus, communi consensu quid decrevit, hoc dici non potest. Non enim indiget alieno consilio in rebus gerendis, quæ in his consilium aliis subministrat: nec consentaneum est eam regi ab aliis, quæ regit alios, quæque aliis legem & morem imponit. Et sane si ita coacta communi consensu legem ferre potest, quæ etiam singulis necessitatem afferat parendi; quanto magis eodem consensu ipsa sibi necessitatem solvendi imponere potest, ubi non singuli, sed universitas ipsa obligetur?

Huic sententiæ video duo opponi: hunc locum, & quod alibi respublica minoribus comparatur. In primis urgetur a quibusdam hic locus, in quo ita scriptum est: *Alioqui*, id est, si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ non sint (nam contrariam conditionem prius posuerat) *civitas non tenebitur*. Sed ne quis moveatur hoc loco, propius est, ut is pro superiore sententia faciat, quam ut ei adversetur. Non enim Ulpianus simpliciter ita scribit: alioqui civitas non tenebitur; sed hoc modo: *Alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur*. Ex quibus verbis intelligitur agere Ulpianum non de eo mutuo, quod civitati datum sit, seu quod civitas contraxerit; sed de eo, quod alii contraxerint nomine civitatis: ac de eo quæsitum esse, an ea datione civitas obligari posset, si forte fingeres actori civitatis esse datum: respondisse Ulpianum sic posse eam in hac caussa obligari, *si ad utilitatem eius pecuniæ versæ sint*. Si minus, *ipsos qui contraxerunt, teneri, non civitatem.* Quid ergo, si civitas contraxerit? Magis est, ut hinc colligi debeat civitatem suo facto obligari, nec in eo adhibendam esse superiorem conditionem: alioqui frustra de aliis, qui eius nomine contraxerunt, caveretur: cum generaliter ita dici debuisset, *alioquin civitas non tenebitur*. Id quod si quis ex hoc loco non aperte effici contendet, concedi poterit; sed hac lege, dum ille vicissim fateatur multo minus ex eo effici, quod volunt, cum ipsa civitas, non alii contraxerunt, civitatem non aliter teneri, quam si pecuniæ versæ sint in eius utilitatem. Si quid superiori adversatur, est id maxime, quod de reipublicæ iure traditum est, cum in *L. pen. C. quib. ex caus. maio.* tum in *L. pen. C. de iur. reip. lib. 11.* In illa hæc definitio est: *Respublica minorum iure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest.* In posteriore amplius etiam quiddam civitati tribui videtur his verbis: *Rempublicam ut pupillam extra ordinem iuvare moris est nostri.* Illic minoris loco respublica habetur: hic etiam loco pupillæ. Constat autem, si minor pecuniam mutuam acceperit, eum in integrum restitutionem desiderare posse, si pecuniam perdiderit. *L. verum, §. item quæritur, sup. de min.* Quod si etiam pupillus sine tutoris auctoritate acceperit, neque locupletior sit factus: is nec iure ipso obligatur. *L. obligari, infr. de auct. tut.* Quapropter & reipublicæ quæ mutuum acceperit, si pecuniæ in rem eius versæ non sint, ex superioribus constitutionibus idem tribuendum

dum est. Ac ne quis eo nunc confugiat, ut dicat has constitutiones esse de republica scriptas, ideo ad civitates non pertinere, arg. *L. bona*, *L. eum qui*, *infr. de ver. sig.* Reipublicæ verbo in his civitatem accipere debemus. Etsi enim in iure Romano cum publicum absolute dicitur, intelligitur id proprie, quod est populi Romani, non quod cuiusque civitatis: *d. L. bona*, *L. eum qui*, *de ver. sig.* tamen cum coniunctim dicitur respublica, sic usus eius iuris est, ut quæque civitas fere hoc verbo significetur, & ad civitatem designandam dicatur prope frequentius respublica, quam civitas, testes sunt hi loci ex innumeris. *L. 3. supr. quod cuius. uni. L. 3. §. plane, L. 5. §. item ait, infr. quod vi aut clam, L. Titio, infr. ad munici. L. ult. C. de iur. reip. lib. 11. L. 1. C. de ven. reb. civi. eod. lib. L. 1. C. de debit. civi. eod. lib.* ubi respublica bis nominatur, cum tamen titulus indicet agi illic de debitoribus civitatum. Cumque hæc verbi huius appellatio est in aliis locis: tum vero maxime in superioribus definitionibus ex sententia auctorum accipienda est. Posterior enim constitutio relata est in *d. tit. C. de iur. reip.* in quo sub reipublicæ verbo de civitate agi non solum ex aliis rescriptis eius tituli intelligi potest, sed etiam aperte ostendit *L. ult. eod.* quæ & reipublicæ significatio constanter servatur in tribus titulis sequentibus eiusdem libri. Sed ut hoc in illis definitionibus de significatione verbi reipublicæ concedamus: tamen ne sic quidem ei sententiæ, quam posuimus, adversari reperientur. Nam utraque definitione in summa hoc efficitur, rempublicam seu civitatem minoribus & pupillis una hac in re comparari, ut quemadmodum minores in integrum restitui possunt, si quid cum illis gestum sit, sic possit & civitas. Hoc ipso maxime confirmatur, si quid civitas contraxerit eo modo, quo diximus, statim eam iure ipso obligari, quamvis pecuniæ in utilitatem eius versæ non sint. Non enim locus esset extraordinario auxilio restitutionis, nisi prius esset iure communi obligata. *L. in caussæ, 2. supr. de min.* ut appareat in contractibus eam quoque comparari iis sive minoribus, sive pupillis, qui & ipsi contrahentes obligentur: quod fit cum adolescens curatorem non habens solus contrahit, aut curatorem habens contrahit cum curatoris auctoritate: *L. 3. C. de in integ. rest. minor.* pupilla autem semper tutore auctore. *d. L. obligari*, *infr. de auct. tut.* Concedamus igitur ut illos ex suis contractibus, sic & civitatem cum obligari cœperit, restitui posse; tamen semper illud manebit, quod diximus, civitatem quæ contraxerit, etiam si locupletior facta non sit, statim obligari. Nec quisquam putet nihil referre, utrum dicatur civitas non obligari ab initio, an cum summo iure obligata fuerit, dicatur posse restitui. Etsi enim nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur; *L. nemo, supr. de in integ. rest.* tamen hoc ita est, si quis intra tempora constituta restitutionem postulet: post quæ tempora excluditur. Qua de caussa & qui iure prius obligatus fuerat, nunc perpetuo & omni iure obligatus manet: quod non fit in eo, qui ante nunquam fuit obligatus. Prius reipublicæ seu civitati semper continget, non posterius, si eam extra ordinem restitutionis auxilio iuvari diximus. Nam intra quadriennium recte implorabit in integrum restitutionem: post quadriennium excludetur ex constitutione Iustiniani. *L. ult. C. de temp. in integ rest.* Nec exspectabimus donec civitas desinat esse civitas, ut inde ei cedat restitutionis petendæ tempus, ut in minoribus ad eam rem expectamus, donec minores esse desierint. Alioqui perpetua esset in integrum restitutio civitati, nec iam restitutionis auxilium quidquam differret ab eo iure, quod est eorum qui nullo modo tenentur; sed tempus restitutionis civitati statim cedet ex eo tempore, quo contraxit: quæ & sententia vulgo recepta est, eademque confirmata in *c. 1. de in integ. rest. in vi.* Ego autem amplius puto, ubi civitas ita cnacta, ut dixi, de sententia communi decrevit mutuum accipi, & ita accipit vel per se, vel per eos quibus id negotium dedit, sic eam iure obligari, ut nec possit restitui in integrum, quamvis non doceantur pecuniæ versæ esse in eius utilitatem: idque adeo existimo superioribus sententiis effici. Dicitur enim civitas auxilium restitutionis implorare posse; sed ita, ut in eo utatur minorum iure. Dicitur extra ordinem iuvari solere; sed ut pupilla. His adiectionibus declaratur civitatem exemplo minorum in his caussis restitui posse, in quibus propter infirmitatem vel ignorantiam alieno consilio & prudentia indiget ad res gerendas (hæc enim res minoribus in integrum restitutionem tribuit *L. 1. supr. de min.*) in quibus autem civitas alieno consilio non indiget, exemplum ipsum facere, ne ei restitutionis auxilium tribui debeat. Tunc autem civitati curatorum actorumve auxilio & prudentia opus est, cum quid illa omittit, aut si quid geritur

ritur, geritur per curatores & actores, civitate nihil nominatim de eo cavente. At cum ipsa recte & solemni more coacta quid constituit; hic illi non magis alieno consilio & prudentia in eo est opus, quam tum cum legem fert, aut creat magistratus, ut supra ostendi. Nec multum referre putandum est, utrum habeat civitas suos actores vel a se vel ab ordine constitutos, & sine his pecuniam accipiat. Ab his enim aut horum auctoritate res geri debet, cum civitas ipsa non gerit. At cum illa rem ad se revocat, hic non est quærenda actoris vel alterius cuiusquam auctoritas. Neque in hac re civitas recte comparabitur minoribus, qui curatorem habent, ut sine his nihil recte geratur, ut est constitutum *L. 3. C. de in integ. rest. mi.* Minores enim sive curatores habeant, sive non habeant, nunquam tamen ita sapiunt, quin eorum auxilio & consilio egeant: & cum habent, semper curator prudentior habetur. Unde non ipsi sibi constituunt curatores; sed his ut imperitioribus lex dat, aut magistratus. Civitas autem etiam quæ actores habet, maior est & prudentior actoribus & curatoribus suis quibuslibet. Argumento est, quod actores ipsa sibi constituit, non ab aliis constitutos accipit, ipsaque in eo sibi lex est: maior autem & prudentior, qui constituit, quam qui constituitur. Sed & maior ac prudentior, qui regit, quam qui regitur. Porro regit civitas actores suos, cum ipsi visum est; non autem ab illis regitur, nisi tunc cum
6 rerum administrationem illis permittit. † Quando igitur obligabitur civitas mutui datione, non tamen aliter, quam si pecuniæ in utilitatem eius versæ sint? Cum fiet, quod hic significatur: cum videlicet alii contraxerint, quam civitas; hi tamen, qui facto suo civitatem obligare potuerint, qualis est syndicus seu actor civitatis, & hi nomine civitatis aut tanquam actores contraxerint. His ita pecuniam accipientibus obligabitur civitas; sed ita, si pecunia in rem civitatis versa sit, ut hic scriptum est: eodem exemplo nimirum, quo & pecunia tutori vel curatori minoris nomine eius mutuo data, placet personalem actionem in minorem dari, si in rem eius pecunia profecta sit, ut est in *L. 3. C. quan. ex fac. tut.* Nam tutor pupilli, curator furiosi vel adolescentis, item actor municipum in eadem caussa habentur, cum de administratione rerum pupilli, furiosi, minoris, vel municipum agitur. *L. cum qui, §. si actori, infr. de const. pec.* Itaque ut tutor & curator domini sunt loco, cum tutelam aut curam gerunt: *L. tutor qui tutelam, infr. de ad. tut.* sic & actor, cum gerit rem civitatis: ex quo est hæc in minorem actio ex facto tutoris vel curatoris; in civitatem autem ex facto actoris. Sed cur non obligatur statim civitas, cum actor eius nomine pecuniam accepit, cum videri possit voluntate civitatis accepisse, quæ eum dedit: ut de exercitore, & domino diceremus, si magister navis, aut institor pecuniam mutuam accepisset in eam rem, cui præpositus erat, quamvis is nummos postea in usus suos convertisset? *L. 1. §. non autem, ver. unde Offilius, infr. de exer. L. habebat, infr. de inst.* Eo fit, quia aut constituitur actor ab ordine non a civitate, ut fieri posse traditur *L. 3. supr. quod cuius. universit.* aut si civitas ipsa dat, quod suo iure potest: *L. 2. quod cuius. universit.* tamen constitui eum generaliter: quod cum fit, hactenus dari intelligitur, ut meliorem conditionem civitatis faciat, non ut deteriorem. Nam & generaliter rerum pupilli administratio tutori committitur lege, aut a magistratu: & generaliter curatori administratio rerum adolescentis; neque hi tamen pupillum aut adolescentem pro suo arbitratu obligare possunt; sed ita, si sit in rem eorum, quod geritur. *d. L. 3. C. quan. ex fac. tut.* Quippe his omnibus administrare & procurare permissum est, non perdere. *L. qui fundum, §. si tutor, infr. pro em. L. 3. §. plane, infr. quod vi aut clam.* Plane si actorem constituerit civitas nominatim in hanc rem, ut pecuniam mutuam acciperet, aut nominatim in rem aliam ad quam mutua pecunia esset opus: dicendum est, si quis in hanc caussam crediderit actori, statim civitatem consensu suo obligari, exemplo exercitoris & domini, quorum magistro vel institori pecunia mutuo data esset eius rei nomine, cui hi præpositi erant. *d. L. 1. §. non autem, infr. de exer. L. cuicunque, §. non tamen, L. habebat, infr. de inst.* Unde hoc casu in eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, utilem ad exemplum institoriæ dari actionem scriptum est in *L. in eum, infr. de inst.* quod & in civitate servandum est. Quid, si pecunia actori mutuo data casu amissa sit prius, quam in eam caussam converteretur, in quam accepta est? Satis civitas locupletior facta intelligitur, si in caussam necessariam accepta est: veluti, ut rem civitati necessariam emeret, quam necessario de suo erat emptura. *L. in pupillo, infr. de solut.* proinde quasi pecunia in rem eius versa tenebitur. Ex his iudicari potest,

potest, quod hic dicitur de mutui datione, referri debere ad omnes caussas, ex quibus obligatio nascitur; ut si quidem civitas ipsa contraxerit ita coacta, & eo modo quid decernens ut diximus, ipsa statim obligetur, nec quæratur in eo, an sit locupletior necne: veluti si vendiderit quid, aut emerit aut permutarit. Sin eius actores id fecerint, non aliter ipsa obligetur ex eo contractu, quam si quod inde quæritur, versum sit in eius utilitatem, puta pretium, re ab actoribus vendita; aut ex eorum emptione res empta quæsita civitati.

7 † Sed & quod de civitate hic dicitur, multo citius in cæteris universitatibus, ut vicis & collegiis probandum esse dixeris: ut si ipsæ ita coactæ, ut solent, cum de rebus universitatis in commune aliquid constituere volunt, quid communi consensu contraxerint, gesserint, eo facilius obligentur, quo citius & facilius convenire possunt. Ubi autem actores earum contraxerunt, nullo certo & speciali mandato in eam rem præcedente: obligentur illæ quidem, si mutuum illarum nomine datum, & pecunia in earum utilitatem versa sit, quasi & in hoc consenserint, cum actorem dederunt; sed si non sit versa, non magis obligentur, quam civitas; quasi nec hoc mandarint actoribus, ut se spoliarent. Illud tenendum est, cum dicimus civitatem non obligari, si in eius utilitatem pecuniæ versæ non sint, id hanc vim habere, ut nec iure obligetur. Neque enim convenit quenquam ex alieno facto sine sua voluntate obligari. *L. 1. L. 3. C. ne ux. pro marit. L. 1. C. ne fil. pro pat.*

8 † Quæ res facit, ut nec sit civitati ad eam obligationem infirmandam in integrum restitutio necessaria. *L. in caussæ, 2. supr. de minor.* Ex quo apparet, quod traditur, rempublicam seu civitatem minorum iure uti; ideoque restitutionem implorare posse: *d. L. pen. C. ex quib. caus. ma.* id locum non habere in contractibus: ubi si quid civitas ipsa contraxerit, effectum est eam obligari sine ulla spe restitutionis: idemque probandum est, si administratores reipublicæ contraxerint, & pecunia versa sit in rem civitatis. Quod si actoribus civitatis contrahentibus pecunia in eius utilitatem versa non sit, ita ea non obligatur, ut nec desideret in integrum restitutionem. Movere nos non debet, quod in superiore definitione non adiicitur, qua ex caussa restitutio civitatis nomine postuletur. Id enim ex vi verborum satis intelligitur: cum neque semper minores in integrum restituantur, ut cum certo consilio quid gesserunt: & natura non sit locus restitutioni, ubi civitati iure ipso nihil amissum est. Ibi restitutio civitati necessaria est, & recte desideratur, cum negligentia res eius usucaptæ sunt, aut actiones tempore amissæ, aut cum hereditas aliqua per actores forte quæsita est, quæ & tota, quantum quidem habuit, versa sit in civitatis utilitatem, verum propter æs alienum reperitur damnosa.

† Quod in hoc 9
genere auxilii civitati tribuitur, non in eadem caussa habendum est, atque id quod de civitatis obligatione hoc loco traditur. Quod enim placet civitatem ex contractibus actorum suorum non passim obligari, sed certis conditionibus, ut in cæteris universitatibus eandem rationem habet, & ex iure communi est: ita ad cæteras quoque universitates recte transfertur. At restitutionis auxilium extraordinarium est. *d. L. in caussæ, 2. supr. de min.* unde & civitas hic iuvari dicitur extra ordinem. *L. pen. C. de iur. reip. lib. 11.* Proinde & ius hic singulare est, quod civitatibus tributum, ad alias universitates produci non debet. *L. quod vero, supr. de legib.* arg. in *L. 3. §. sed utrum, supr. de minor.* nisi si quæ etiam in numero civitatum leges habeantur: qualis est Ecclesia. *auth. hoc ius porrectum, C. de sac.*

eccl. † Postquam aliis nomine civitatis mu- 10
tuum accipientibus, ita mutui datione obligatur civitas, si pecuniæ in utilitatem eius versæ sint; si non sint, non obligatur: de onere probationis in hac caussa quæsitum est, si forte creditor cum civitate agat, & hæc neget pecuniam in rem suam versam esse. Res expedita est ex nostris regulis iuris: nempe ei qui dicit, incumbit probatio. *L. 2. infr. de prob.* Creditor autem pecuniam in rem civitatis versam esse dicit: alioqui eius actio non procederet, ut declaratur hoc loco. Perspicuum est igitur hoc eum probare debere. Quod & confirmatur in persona minoris in *L. 1. C. si adv. cred.* Quomodo probabit? uti res cæteræ probari solent: si doceat idoneis testibus, aut instrumentis ex ea pecunia pignus liberatum, aut alias creditori civitatis solutum esse: pecuniam in emptionem alicuius rei civitatis collocatam, aut impensam in exstructionem alicuius operis publici, & si quæ sunt res similes, quæ ad civitatem pertinent. Illæ autem præsumptiones repudiandæ sunt, quibus quidam idem probari volunt; quod administrator fuerit homo diligens & fidus; quod civitas pecunia indigeret; quod summa pecuniæ parva; aut quod pecunia in conspectu ordinis decurionum seu consilii

silii

filii numerata sit. Nihil horum probat pecuniam in rem civitatis versam: fieri enim potest, ut superiora omnia vera sint, & tamen pecunia in utilitatem civitatis versa non fuerit: quod cum dici potest, satis est ad probationem reiiciendam. *L. neque natales, C. de prob.* Atque hæc de obligatione civitatis. Quid ergo fiet creditori, si aut pecunia quam actori credidit, versa non sit in utilitatem civitatis, aut id probare non possit? ipsam quidem civitatem non teneri, saltem absolvi debere certum est. *L. qui accusare, C. de eden.* Num ergo pecunia creditori peribit? Imo qui contraxerunt, teneutur, ut hic scriptum est: de quo sequitur, ut videamus. Tertia ergo hic sententia est de his actoribus, qui nomine civitatis mutuum acceperunt.

11 † Est autem hæc: eos administratores civitatis, qui civitatis caussa mutuam pecuniam acceperunt, si quidem pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non sint, solos teneri; sin versæ sint, non teneri quidem solos, quia & civitas obligetur: attamen simpliciter interdum teneri, tametsi non solos, sed cum civitate: ut sic efficiatur eos qui ita contraxerunt, utroque casu teneri creditori, & cum pecuniæ versæ non sunt in rem civitatis, & cum sunt versæ. De utroque amplius cognoscendum est. Vult ergo Ulpianus, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sunt, eos actores qui contraxerunt, idest, qui mutuam pecuniam civitatis caussa acceperunt, teneri. Si ageretur de iis, quibus mutuum suo nomine datum est, res esset plana: tenerentur enim sine dubio ii, quorum fidem in mutuo dando creditor secutus esset, & qui in accipiendo huic ipsi fidem suam obstrinxissent: tametsi apud se hoc animo essent, ut eam pecuniam conferrent in rem civitatis. *L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut. L. procurator qui pro, supr. de proc.* & quoniam suo nomine obligati essent, etiam deposito officio teneantur. *L. 3. §. in eum, infr. de ad. rer. ad civit. per. d. L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut.* Nunc autem hic de iis agitur, quibus mutuum accipientibus civitas mutui datione obligari potest: Proinde de his, qui actores sint civitatis, & pecuniam nomine civitatis datam acceperint, ut initio ostendi. Nam aliter ex eorum facto non obligaretur civitas ex mutui caussa, quantumvis pecuniæ versæ essent in eius utilitatem. *L. eum qui, C. eod.* Quod cum ita sit: merito quæritur, quomodo hi qui ita acceperunt, teneantur, quamvis pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non fuerint. Et quidem ego, quod in hac quoque parte diligenter cavendum sit, puto eos mutui datione seu ex mutui caussa teneri non posse. Etsi enim his pecunia numerata est mutui nomine, quod est proprium mutui: tamen nihil agit numeratio ad mutuum contrahendum inter aliquos, nisi hoc ipsum agitur, ut qui accepit, ex ea caussa obligetur. *L. non omnis, supr. eod.* constat mutuum numeratione; sed constat etiam consensu. *L. 1. § 1. supr. de pact.* ut inter quos non id agitur, ut sit mutuum, nec inter eos mutui obligatio contrahatur. At cum creditor pecuniam mutuam dat actori municipum nomine civitatis, hoc ipso non dat nomine & contemplatione actoris, neque ut eum illo contrahatur mutuum, sed solum ut eum civitate. Quapropter creditor eum ex mutui caussa sibi obligatum habere non potest: quod apertius responsum est in eo creditore, qui pecuniam procuratori contemplatione domini mutuam dedit, in *L. si pupilli, §. 1. supr. de neg. gest* Et generaliter dicendum est, quod alicuius rei vel personæ caussa fit, hoc ipso alterius rei vel personæ caussa fieri non videri. Unde cum in edicto de deposito actio in duplum daretur de eo quod tumultus, aut incendii caussa depositum esset: incendii, & cæterarum caussarum gratia depositum Ulpianus sic accepit, quod esset depositum ab eo, qui nullam aliam caussam deponendi haberet: ut quoties unius alicuius rei caussa fieri quid dicitur, hoc ipso cæteræ res removeri intelligantur. Ac ne quis dubitet, cum actori civitatis pecunia contemplatione civitatis mutuo data est, actorem ex mutui caussa non teneri: fingamus actori pecuniam mutuo datam non nominatim nomine civitatis, sed actori ut civitatis actori, & rem civitatis agenti: etiam tum dicendum est eum suo nomine non teneri. Nam nec institor, cum quo nominatim ut cum institore & rem agente domini quid contractum est, eo nomine obligatur. *L. ult. infr. de inst.* uti nec actor municipum, si quid ex officio solvi constituit creditoribus civitatis, aut ex rebus civitatis publice quid vendidit, aut locavit. *L. 3. §. in eum. infr. de adm. rer. ad civit. pert.* Nec quidquam ad rem pertinet exemplum *L. si pupilli, in pr. supr. de neg. gest.* ut probetur, cum pecunia actori, aut tutori mutuo data est nomine civitatis vel pupilli, illic actorem tutoremve ex caussa mutui obligari: quo tamen loco ad huius sententiæ probationem vulgo uti solent. Atque haud scio, an sit ei sententiæ quidquam magis contra-

trarium. Etsi enim illic proponitur creditor gessisse negotia pupilli, qua ex re etiam dicitur tutor eo nomine teneri negotiorum gestorum: tamen hoc eo fit, quia nominatim proponitur negotium gestum esse, pupilli quidem, sed contemplatione non pupilli, verum tutoris, ne is tutelæ iudicio teneretur: contra quam nunc factum proponimus. Deinde quia negotio pupilli gesto contemplatione tutoris, tamen dicitur tutor obligari negotiorum gestorum. Ex quo intelligitur aut pecuniam illic mutuo datam non esse: cum si tutori nomine eius data esset, ipse teneretur ex caussa mutui non negotiorum gestorum, quia re ex consensu gesta non fit huic actioni locus: aut si illic mutuum datum volumus, tum magis locum adversus vulgarem sententiam facere: ut qui tutorem mutui datione etiam tunc neget teneri, cum pecunia tutori ipsius contemplatione data erit: quod tamen vulgo contra fieri volunt etiam tunc, cum illius contemplatione pecunia data non fuit. Quare hoc, ut puto, in proposito constare debet, cum actori municipum pecunia nomine civitatis aut aperte, aut, quod idem est, ut actori municipum mutuo data est, actorem mutui datione seu ex mutui caussa creditori non teneri: quia cum eo mutuum contrahi non potuerit sine consensu. Itaque, quod ait Ulpianus, si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ sint, eam obligari posse mutui datione: postea autem subiicit, alioquin eos qui contraxerunt, teneri: cavendum est, ne in hoc posteriore membro repetamus illa verba, mutui datione: quasi diceret eos qui contraxerunt, mutui datione teneri, tenentur enim, sed non mutui datione, id est, non ex mutuo. Nisi tamen mutui datione interpretemur propter dationem, quæ mutui nomine intercessit, quamvis illa mutuum non contraxerit, neque cum civitate in cuius rem mutuum versum non est, neque cum actoribus, qui suo nomine non acceperunt. Quo sensu non negamus recte dici eos ista datione obligari: sed ubique obligationem mutui & condictionem ex hac caussa removemus. Quomodo ergo tenebuntur actores civitatis, qui huius nomine pecunias mutuas acceperunt, ubi hæ versæ non sunt in civitatis utilitatem? Et erit adversus eos condictio ob caussam dati caussa non secuta, sive re vera fuerint actores civitatis, sive se esse mentiti sint, cum non essent. Nam cum creditor nomine civitatis his pecuniam mutuam dedit, hæc caussa fuit dandi, ut illi eam civitati mutuam facerent: quæ caussa cum secuta non est, sit locus repetitioni: non ut mutuum ab his repetatur, quod nullum fuit, sed ut quasi ob rem datum, nec res sit secuta. *L. si procuratori, infr. de cond. cau. dat.* Duobus autem modis fit, ut pecunia non fiat civitati mutua, atque hoc modo caussa ob quam pecunia data est, in proposito non sequatur: si vel pecunia in rem civitatis versa non sit, ut hic traditur; vel vere actor civitatis non sit, qui se esse falso affirmavit. Nam hic si postea pecuniam verterit in rem civitatis, potest civitatem sibi obligare ob negotium eius a se gestum: at eam extraneo creditori invitam facto suo obligare non potest, ut initio dixi. Quamobrem non tantum priore casu tenebitur verus actor creditori condictione ob caussam; sed etiam falsus actor posteriore. De quo diserte scriptum est in *d. L. si procuratori, infr. de cond. cau. dat.* quanquam & hic hoc amplius furtum facit, ut qui pecuniam alienam contrectet invito domino: unde & pecunia ei condici potest condictione furtiva, ut ibidem adiicitur. Utraque autem actio ostendit non recte sentire eos, qui in hac caussa adversus falsum actorem dandam putant actionem de dolo: cum huic locus non sit, quandiu alia competit. *L. 1. § ait, infr. de dol.* Sed videamus, ne adversus actores, qui nomine civitatis pecuniam acceperunt, non intelligat Ulpianus condictionem ob caussam dari: Ait enim eos teneri, qui contraxerunt. Nihil hoc superiori sententiæ adversatur. Nam & qui aliquid ob caussam accipiunt, hoc ipso cum eo a quo accipiunt, aliquid negotii contrahere intelliguntur: hoc nimirum, ut caussa non secuta, quod acceptum est, reddant. *d. L. si extraneus, infr. de cond. cau. dat.* Quid si dicamus, eos actores, quibus civitatis contemplatione pecunia mutua data est, neque condictione ex caussa mutui, neque ulla alia actione eo nomine teneri? quod quidem confirmari quis putaverit in *L. si pupilli, §. 1. supr. de neg. gest.* Nam cum proponeretur procuratori pecunia mutua data esse domini contemplatione, ut creditor eius, vel pignus eius liberaretur: illic scriptum est adversus dominum esse negotiorum gestorum actionem creditori; adversus procuratorem, cum quo creditor contraxit, nullam. Sed hoc de eo procuratore dictum esse apparet, qui susceptum negotium implevit, id est, qui pecuniam convertit in rem domini, cuius nomine accepit: alioqui non teneretur dominus creditori negotiorum gestorum actione. Nos de eo civitatis actore agimus, qui pecuniam contemplatione civitatis

vitatis acceptam in rem eius non vertit, ille implendo id, cuius caussa pecuniam acceperat, condictionem ob caussam a se removet; hic non implendo, ei ipsi condictioni locum facit. Ex his puto intelligi, si verus actor quam pecuniam civitatis nomine acceperat, eandem in rem civitatis verterit, hunc creditori suo nomine omnino non teneri. Nam mutuum cum creditore nullum contraxit, ut ostendi. Condictione vero ob caussam, aut furtiva teneri non potest, qui pecuniam recte acceptam in eam rem convertit, in quam acceperat. Actione negotiorum gestorum an hic teneatur, dubitari potuit, quasi in ea datione id negotium gestum sit, quod officii ratione ad eum pertineret. Sed & hac actione non teneri eum actorem, cuius contemplatione pecunia data non est, scriptum est in *d. L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* imo vero ne quid necesse sit nos in his aut illis actionibus sigillatim removendis laborare, illic aperte & sine exceptione scriptum est adversus eiusmodi actorem creditori nullam esse actionem. Qua sententia etiam quod dixi de mutuo, hoc videlicet non contrahi cum eo actore, cui pecunia contemplatione civitatis data est, licet obiter, non obscure tamen confirmatur. Quid est igitur, quod Ulpianus ait, si pecuniae in rem civitatis versae non sunt, ipsos solos qui contraxerunt, teneri: nisi hoc significat, si pecuniae versae sint in rem civitatis, solos qui contraxerunt, non teneri? Quid est autem solos eos non teneri, nisi teneri quidem eos, verum non iam solos, sed cum civitate? Equidem hoc ita recte colligi arbitror: & teneri veros actores qui contraxerunt, etiam tunc cum civitas obligatur, concedendum est. Sed quod diligenter hic quoque moneri oporteat, tenentur nomine civitatis, ut eius syndici: *L.* 1. §. 1. *supr. quod cuiusf. univers. nom.* non tenentur suo: omninoque hic de actore idem, quod de tutore aut curatore dicendum est. Tutor pupilli nomine, curator nomine adolescentis vel furiosi recte conveniuntur, & condemnantur; sed ut pro officio, & eorum nomine, quorum tutelam vel curam gerunt, & ideo finito officio non tenentur. *L. post mortem, infr. quan. ex fac. tut.* His similis est actor municipum. *L. eum qui*, §. *si actori, infr. de const. pec.* proinde & in eo idem servandum est, quod & fieri declaratur in *L.* 3. §. *in eum, infr. de adm. rer. ad civit. pert.* Cum ergo Ulpianus proprie de his ageret, qui actores essent civitatis, & propterea civitatis nomine contraherent, ut his contrahentibus civitas mutui datione obligari posset: recte dixit, si pecuniae ad utilitatem civitatis versae non sint, hos solos teneri: cum vellet intelligi, si pecuniae in rem civitatis versae essent, hos non iam solos, sed cum civitate teneri. Scilicet quia & tunc isti teneantur: sed ut dixi, non suo nomine, ut vulgo putant, sed civitatis ut huius actores: qua actione post depositum officium neque ipsi, neque heredes eorum tenentur. † Quibus de iuris quaestione in 12 hac caussa expositis, habet creditor cum quo de pecunia credita agat, & a quo ius suum persequatur: siquidem de facto constabit, ut sciatur aut pecuniam versam non esse in rem civitatis, aut esse versam, & illi mutuam factam esse. Nam si versa erit, & putabit creditor id se probare posse, tuto aget adversus civitatem, & propter civitatem adversus huius actores; & contra si constabit aut eos actores civitatis non fuisse, qui se esse affirmarunt, aut cum essent, non vertisse pecuniam in rem civitatis: effectum est hos solos teneri, non civitatem. At quid, si incertum erit creditori, quid horum factum sit: adversus utros diriget actiones, ut sibi recte prospiciat? Et consultum videtur, ne primo agat adversus civitatem, ne si probare non poterit pecuniam in rem eius versam esse, aut alioquin eam teneri, ipsa absolvatur, ut actore non probante de reo constitui oportet ex regula iuris. *L. qui accusare, C. de eden.* Nec ea sententia multum creditori profuerit, si deinde adversus actorem cui pecuniam dedit, experiatur. Non enim idcirco vicit pecuniam in rem civitatis versam non esse, quia civitas absoluta est: cum ideo sit absoluta, non quia pecunia in rem eius versa non esset, sed quia versam esse creditor probare non potuerit. Ita fit, ut hac absoluta, inanis creditori in priore iudicio fuerit labor. Sed & ex ea absolutione alia sunt incommoda. Quid enim, si actor civitatis, cum quo agetur postea, probet se pecuniam vertisse in civitatis utilitatem? is rursum absolvetur, & quidem ita, ut ea probatio nihil prosit creditori adversus civitatem, ut deinde ad eam redeat, & ab ea suum consequatur. Neque enim cum ea quae huius pecuniae nomine absoluta est, de eadem re amplius agi potest, obstante actori rei iudicatae exceptione. Quid, si non probet civitatis actor pecuniam in rem civitatis versam, ac propterea condemnetur? attamen creditori ex priore actione hoc saltem erit incommodum, quod prioris iudicii molestiam frustra sustinuerit, nec non sumptus in ea lite factos, in

quos

quos civitati condemnatus est. Quidam tamen putant cum civitate prius recte agi hoc modo, si creditor eodem tempore denunciet actori, ut sibi adsit, caussamque instruat. Denunciationem hanc ad hoc profuturam: ut si actor monitus adfuerit, probaveritque pecuniam esse versam in rem civitatis, condemnetur civitas creditori ex mutui caussa; si autem non probaverit, cum id ageret, aut caussæ non adfuerit, & civitas ob id fuerit absoluta: tum possit tuto creditor convertere actionem in actorem municipum cum quo contraxit, & pecuniam petere ab eo suo nomine, quasi datam ob rem, quæ res secuta non sit. Idque defendunt exemplo emptoris, qui si de proprietate rei emptæ conventus denunciaverit venditori, ut se defenderet, ac deinde res evincatur, sibi eo modo adversus venditorem de evictione consulit. *L. si parentes*, *L. empti C. de evict.* Sed vereor, ne hoc consilium non satis sit tutum. Quid enim, si actor creditori non adfuerit; nunc autem cum pecunia ex eo petitur, paratus sit docere se eam in rem civitatis vertisse? non video, cur non sit audiendus, & cur, si id probet, illi fraudi esse debeat, quod creditorem in ea re antea non iuverit. Neque enim ut venditor emptorem defendere debet in iudicio evictionis, & nisi defenderit, illi evictionem præstare: *L. cum ex caussa, infr. de verb. ob.* ita debet actor civitatis, qui pecuniam accepit civitatis nomine, creditoris caussam agere, quandocunque ille a civitate pecuniam repetet. Nam ut non tenetur re vera, si pecuniam in utilitatem civitatis vertit: ita si quando doceat id factum esse, teneri non debet. Utcunque est, certe de eo iuste potest dubitari. Mihi autem in hac re admodum laborandum non videtur. Expedita ratio est creditori suum consequendi, si statim adversus actorem, cui pecunia data est, actionem dirigat, quam adversus illum habet, nempe condictionem ob caussam: & petat, ut quoniam pecunia illi data est ob caussam, quæ caussa secuta esse non ostenditur, ipse de ea pecunia restituenda damnetur. Hac actione instituta creditor sine ullo periculo atque adeo sine ullo labore suo ad suum perveniret. Nam si fatebitur actor pecuniam non esse versam in rem civitatis, aut alioqui civitati mutuam non esse factam, ut quia vere eius actor non esset: procedit adversus eum intentio, & de hac confessus statim creditori sine alia eius probatione suo nomine damnabitur. Sin dicit, ut actor civitatis fuit, ita & pecuniam in rem civitatis versam esse, eoque se eo nomine non teneri: iure quidem actionem a se depellit, sed cum priora illa dicat, nihil agit, nisi ante illa idonee probaverit. *L. 2. infr. de prob.* nec probaverit tantum in eo iudicio, quo nunc cum illo agitur, sed probaverit cum effectu, id est, in iudicio, quod deinde creditor adversus civitatem instituet. Id autem, si facit, habet creditor, quod quærebat: mutuum enim civitatis nomine dederat: & iam illi adversus eam consultum est. Aget enim adversus civitatem: quæ si mutuum agnoscit, solvet; si non agnoscit, convincetur non creditoris opera, sed eius actoris cui pecunia numerata erat. Si non potest convinci: tum manebit intentio eius iudicii, quod adversus civitatis actorem institutum est: ex quo necesse erit illum condemnari, cum exceptionem suam probare non potuerit.

Ad L.

Ad L. Creditor. 28.

Caius lib. 1. ad Edictum provinciale.

Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit.

S U M M A R I U M.

1. *Pignus obligationem debitoris confirmat, non minuit.*

PRima fronte videri potest creditor qui in pecuniam creditam pignus accepit, eo pignore contentus esse debere in id quod debetur, quamvis pignus non sit idoneum. Nam alias cum pro debito aliud præstatur, placet creditorem eo contentum esse debere, quamvis minus idoneum acceperit: ut, si alium debitorem qui solvendo non est, sibi delegatum admittat. *L. inter*, *§. abesse*, *infr. mand.* Adversus hanc dubitationem est hic locus, & similes, qui ab Accursio colliguntur, creditorem qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non suffi-
1 cit. Et in promptu ratio est. † Est enim plus quam absurdum pignore accepto minus habere creditorem, quam nullo accepto esset habiturus: cum pignus detur, non ut detrahat obligationi, sed ut adiiciat. *L.* 4. *§. si ex conventione*, *infr. de re iud.* ut creditori prosit, non ut noceat: datur enim, quo magis creditori pro debito cautum sit: *§. ult. Inst. quib. mo. re contr. obl.* Et quod dicitur, cum pro debito aliud præstatur, debitorem eo contentum esse debere, huc non pertinet. Id enim tunc locum habet, cum aliud præstatur solutionis, seu satisfactionis caussa, ut declaratur exemplo debitoris delegati. Pignus autem non solvendi caussa datur, sed obligationis magis firmandæ gratia. Sane si creditor postea pignora in creditum acceperit, ut his esset contentus: non potest, quod amplius sibi debetur, petere, ut est in *L. a Divo*, *§. si pignora*, *infr. de re iud.* Sed hoc eo fit, non quia pignus ab initio non idoneum acceperit, aut quia pignus prætorium fuerit, quod illic addicebatur; sed quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui pignore contentus fuit, ut ibidem adiicitur: ut appareat hunc similem esse illi, qui postea sponte pro debito alium reum accepit, quamvis non idoneum. Et constat licere unicuique persecutionem iuris sui pacto remittere, ut remittenti non sit regressus. *L. pactum*, *supr. de pact. L. quæritur*, *§. si venditor*, *infr. de æd. ed.* Nos de eo agimus, qui nulla re pro debito accepta, nulla parte crediti pacto remissa, solum removeatur hoc nomine, quod pignus acceperit, & iubeatur eo esse contentus: quod nos absurdum esse dicimus. Cautum quidem est in *L. ult. C. de pac. con.* si mulier pro pecuniis, quas maritus ex nominibus sibi ab uxore extra dotem datis exegit, hypothecas ab eo acceperit nominatim, ut illa sit his ad cautelam suam contempta. Sed hoc aperte eam significationem habet, ut his hypothecis pro omni hypotheca esse debeat contenta, non etiam, ut his debeat esse contenta pro debito. Et hoc est: pecunias ex suis nominibus a marito exactas semper mulier in solidum exiget. Sed si quæritur, quas res mariti in eam caussam sibi hypothecæ nomine obligatas habeat: cavet Iustinianus, ut habeat omnes, si in nominibus marito dandis nihil de pignore convenit. Quod si de quibusdam rebus nominatim convenit, ut mulieri pro pecuniis exactis pignori essent: tum iubet illam his esse contentam pro cautela sua, idest, pro omni pignore, in quo cautio debiti continetur. *d. §. ult. Inst. quib. mo. re cont. oblig.* Sed an non hac parte saltem illa constitutio huic loco contraria videbitur, quod cavet, ut ei mulieri, quæ de pignore nihil convenit, omnes res mariti pignori obligatæ sint: quæ autem nominatim convenit de quibusdam, ei hæ solæ sint obligatæ? ita enim efficitur, ut conventio aperta de pignore in ea specie mulieri noceat: cum hoc loco constituatur eam conventionem atque adeo pignus ipsum acceptum creditori non nocere, ut qui propter pignus nihil de exactione debitæ quantitatis amittat. Nequaquam vero hæc contraria videri debent. Nemo enim creditor obligationi pignus adiiciendo de rebus iam pactis quidquam minuit, sed

sed eas confirmat potius. At futuris, & iis quæ a lege offeruntur, ea conventione potest obstare: quod tunc accidit, cum pignus tacitum lege creditori defertur hac conditione, si de pignore nihil nominatim sibi caverit. Sic enim fit, ut sibi de eo cavendo, tanquam conditione deficiente, beneficium legis non sentiat, ut in caussa superiore. Cur autem placeat in ea specie pignus tacitum mulieri denegari, si de pignore aperte convenisset, quæri potest. Et visum est non esse iniquum, eam conventionem coerceri, vel ut discerer mulier tam sollicite pignus non expetere a marito, ubi ei de ea re satis lege cautum esset; vel ut auxilio legis proposito, discerret suum consilium legis providentiæ non anteferre; aut si anteferret, suo solum frueretur, legis autem beneficio, quod contempsit, careret. Qua ratione nominatim idem Iustinianus usus est in beneficio inventarii iis heredibus denegando, qui neglecta forma ab eo de eo genere constituta deliberationem ex vetere ritu petiissent. in *L. ult. §. sin autem hoc aliquis, C. de iur. delib.*

Ad L. Si institorem. 29.

Paulus lib. 4. ad Plautium.

Si institorem servum dominus habuerit: posse dici Iulianus ait, etiam condici ei posse: quasi iussu eius contrahatur, a quo præpositus sit.

SUMMARIA.

1. *Ex institoris servi filiive familias contractu tenentur dominus & pater non tantum institoria, sed etiam ex persona sua, quasi iussu eorum contractum esset.*
2. *Institor si in potestate non fuit, is qui præpositus fuit, tenetur institoria ex contractu institoris, non directo tanquam cum eo contractum sit.*
3. *Institoria, an directo utrum conveniatur quis ex contractu institoris sui, quid intersit.*

INSTITOR est, qui tabernæ vel alicui alii negotiationi exercendæ a domino præpositus est: dictus ex eo, quod negotio gerendo insiet. *L. 3. infr. de inst. act.* Si quis quid cum institore contraxerit eius rei caussa, cui institor præpositus est, obligatur is, qui præposuit. *L. cuicunque, §. non tamen, infr. de inst.* At cuius ex contractu? utique institoris: unde & actio in eam rem prodita a prætore, quæ institoria appellatur. *§. eadem, Inst. quod cum eo.* † Sed an & ex hac caussa
1 quasi ex suo contractu conveniri potest? Et hic scriptum est, si institorem servum dominus habuerit, etiam ei qui præposuit, condici posse. Id in *§. ult. Inst. quod cum eo.* Sic explicatur, ut dicatur posse ei condici directo: & hoc, *directo*, ibidem prius ita declaratur, ut dicatur posse ei condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Unde intelligimus id hoc loco responderi, eum qui institorem præposuit, non tantum ex contractu institoris servi tanquam ex eius contractu conveniri posse institoria; sed etiam quasi ex suo contractu, propria conditione: ut illa actione quodammodo conveniatur alieno nomine; hac conveniatur suo. Atqui certum est, quod cum institore contractum sit, id cum domino non contrahi, utpote absente, nec consentiente: alioqui quid opus fuisset novam actionem institoriam adversus eum introducere, cum suo nomine & ex contractu suo teneretur? Quomodo autem ex contractu suo conveniri potest, qui nihil contraxit? Ideo indigebat superior sententia confirmatione: quæ & hic addita est, sed apertius in *d. §. ult. Inst. quod cum eo.* Ergo fatentur veteres, si quis eum institore servo contraxerit, re vera cum domino contractum non esse; sed tamen perinde habendum, quasi principaliter cum eo contractum esset: idque ideo, quia *quasi iussu eius contrahatur:* sic enim verba sunt huius loci. Vel ut scriptum est in *d. § ult. Inst. quod cum eo,* ideo, *quia iussu eius contractum intelligitur:* eodem sensu. Quod dicitur, si quid cum institore servo contractum sit, perinde esse, quasi cum domino contractum esset: ex persona servi recte constituitur. Potestas enim servi, quæ domini est, facit, ut factum servi in contrahendo, factum domini intelligatur, quoties aut quid acquirit servus, aut iussu domini se obligat. *L. ult. infr. de stip. ser. §. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip. L. 1. resp. infr. de verb. obl.*

& ta-

& tamen natura semper verum est, servum contraxisse, non dominum: ut sic recte dicatur non dominum contraxisse, sed perinde haberi, quasi contraxisset. Quod autem dicitur, cum servus institor contraxit, quasi iussu domini cum eo contrahi, seu iussu domini contrahi videri: verendum est, ne non item recte dicatur. Non enim quasi iussu domini contrahitur, quod vere iussu eius contrahitur: vere autem iubet servum contrahere, qui eum institorem dat, idest, qui huic rei præficit, ut contrahat. Hinc Ulpianus in *L.* 1. *infr.* quod iuss. *quodammodo*, inquit, *cum eo contrahitur, qui iubet*. Dixit quidem quodammodo contrahi, quia re vera non contrahitur, etsi iure perinde habetur: sed dixit aperte *qui iubet*; quia etsi cum domino non contrahitur, vere tamen is iubet contrahi, cum dat institorem. Quæ res præbuit caussam Accursio, ut hic particulam *quasi* diceret esse expressivam veritatis. Sed nihil hac interpretatione opus est. Cum contractum est cum servo institore, non male utrumque dici potest: & re vera cum eo iussu domini contractum esse, & re vera non esse contractum; sed videri tantum, seu perinde haberi, quasi iussu eius contractum esset. Re vera iussu eius contrahitur, sed ab institore: is enim vere iussus est id facere. Rursum re vera iussu eius non contrahitur, si de utroque contrahente loquimur: propterea quod solus institor iussus est, non is qui cum eo contrahit: totum autem contractum ex utriusque contrahentis consensu æstimamus. Quare utrum dicamus, in re nihil interest. Utraque autem ratione superiore id exprimitur, quod ex Ulpiano supra retulimus, quodammodo cum eo contrahi, qui iubet. *d. L.* 1. *infr. quod iuss.* Hæc ratio sive verba spectes, sive rem, in dominum qui servum, aut in patrem qui filium quem in potestate habet, institorem dedit, solum convenit. Horum enim solum est iubere: unde & soli ex contractu servi, filiive tenentur quod iussu. *L.* 1. *in pr. L.* 2. *§. ult. infr. quod iuss.* Cur autem servo contrahente, videatur dominus contraxisse, potestas servi in caussa est: quæ facit ut huius factum videatur esse factum domini, ut supra dixi: idemque est, si filiusfam. contrahat. *L. ult. infr.*
2 *de stip. ser.* † Hæc potestas cum nulla sit in eo institore, qui sui iuris est: nihil est, cur eo contrahente existimari possit contraxisse is, qui eum præposuit: neque enim eadem persona utriusque videri potest. Non abs re est igitur, quod Paulus hoc loco de institore servo loquitur: & cum ei qui institorem dedit condici posse diceret: nominatim hanc conditionem addidit: *si institorem servum dominus habuerit*: ut intelligeremus hac conditione adversus dominum ex contractu servi directam condictionem dari posse; diversum esse, si de institoris, qui sui iuris esset, contractu ageretur. Et certe non factum, aut quæstionem ex facto in persona servi Paulus hic proposuit, ut quis dicat eum persona servi exempli loco uti: sed cum definitione rem complecteretur, conditionem illam adiecit. Inepte, si hac deficiente nihilominus idem iuris est. Scriptum quidem ita est in *d. §. ult. in fin. Inst.* quod cum eo, *ei quoque qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet*. Sed quod verbis generaliter dictum est, & sine distinctione eorum, qui institoria tenentur, sententia scribentis ad dominum tantum & patrem referri debet: quod & ex præcedentibus, & ex ratione subiecta plane liquet. Nam prius Iustinianus condictionem hanc directam dederat nominatim adversus patrem dominumve ex hac caussa, si quid eorum iussu contractum esset. Nunc dat ex hac quoque caussa, si quis ex institoria aut exercitoria caussa teneatur. Hæc particula *quoque* easdem personas connectit. Ut nihil aliud, certe ratio subiecta ad has solum pertinet. Ideo enim ait: *ei qui institoria tenetur, condici posse, quia huius quoque iussu contractum intelligitur*. Iam dixi proprie dici quid iussu fieri, quod fit iussu eius cuius in potestate sumus, non aliorum. Sed & illud, quod in *L. si quis mancipiis, §. ult. infr. de inst.* ita scribitur: *ex hac caussa etiam condici posse verum est*, ad speciem quæ illic præcedit referri debet: quod fieri debere demonstrativa particula ostendit, quæ ad proxima refertur. In ea autem specie de institore servo actum erat. Ex ea caussa condici posse verum est, quod & hic ab eodem auctore traditur. Quod si placet id generaliter & absolute definitum esse: non ideo tamen superiori sententiæ adversabitur. Quia ut verum sit ex contractu institoris condici posse: satis est, si aliquando potest condici, etsi non semper. † Sed si 3
is qui institorem dedit, tenetur ex contractu institoris actione institoria: cui bono quærere, an ei quoque directo condici possit? Quid enim interest, qua actione teneatur, dum eum teneri constet, & creditor ab eo suum consequatur? Vulgo putant nihil amplius hic interesse, quam conceptionem actionis, quæ in eo sit, quod qui institoria agit, propria quidem actio-

actione utatur, quæ competeret, si adversus institorem ageretur, sed cum hac adiectione, ut dicat institoriam: qui autem condicit, actione utatur sine illa adiectione: traditum ab Accursio in §. *ult. Inst. quod cum eo.* & *L. si tamen*, §. *ultim. infr. de exer.* Atqui omnium consensu hæ adiectiones de peculio, de in rem verso, quod iussu, institoria, & similes diversam actionem non faciunt: sunt enim eiusdem actionis adiectiones, non propria nomina actionum. Ut puta, si filiifamilias negotium gestum est, si quidem sine mandato: ut filius, sic tenetur pater negotiorum gestorum, quamvis de peculio. Si mandatu filii: tenetur pater quoque mandati, quamvis cum adiuncto de peculio. *L. mandasti, supr. de neg. gest. L.* 3. §. Cui congruit. *infr. de pecul.* Idemque in reliquis adiectionibus probandum est. Hac ratione inter actionem institoriam, & directam condictionem ne verbis quidem quidquam intererit, si proprium nomen utriusque, non adiectionem spectamus. Sed nec una utilis dicenda est, altera directa. Nam institoria cum edicto aperte proposita sit: directa est & ipsa, non utilis. Ego in re discrimen esse puto, non in verbis: idque ex his quæ diximus, non difficile intellectu est. Dominus qui institorem dedit, ex huius contractu tenetur institoria, sed non principaliter; verum ex persona & contractu institoris, & quodammodo huius nomine. Idem tenetur condictione, sed directo & principaliter: nempe ut ex persona & contractu suo, proinde suo nomine. Utrum horum dicatur, in re ipsa multum interest. Effectus in liberatione institoris cernitur. Finge servo institori accepto ferri a creditore, quod institor promisit; aut creditorem id ipsum, quod servus debuit, ab alio stipulari novandi animo. Utroque modo liberatur servus naturali obligatione, qua tenebatur. Eadem vero opera fit, ut liberetur & dominus institoria: hæc enim ex contractu & obligatione institoris competebat. Principali obligatione sublata, liberantur una quoque & accessiones, & omnes qui ex ea caussa tenebantur. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* Et quamvis liberato servo maneat etiam adhuc in persona domini civilis obligatio, quæ in persona servi cum nulla esset, in eo tolli non potuit: tamen obligatione naturali exstincta, civilis inutilis constituitur, fitque etiam eo modo, ut liberentur & accessiones. *L. quod si maritus*, §. 1. *infr. de pec. const. L. Stichum*, §. *naturalis, infr. de sol.* Itaque si fingeremus in proposito dominum institoria solum teneri, eveniret, ut servo institore ita liberato, ut diximus, una quoque & dominus in totum liberaretur. Quod si etiam domino ex ea caussa directo condici potest, idest, si tanquam ex suo contractu principaliter tenetur, ut eum teneri dicimus; sublata institoris obligatione, manet nihilominus adversus dominum condictio: quia hæc ex alia caussa est, quam ea, ex qua institor liberatus est. Deinque duo sunt hic principales debitores, institor & dominus: uterque ex diversis caussis, idest, ex suo quisque contractu separatim obligatus. Uno aliter, quam solutione rei debitæ liberato, non ideo liberatur alter. Neque enim hic duo sunt rei debendi: sive quod non id actum est, ut essent: sive quod in utriusque persona impar est obligatio. In uno naturalis tantum; in altero civilis & naturalis: quod duorum reorum debendi obligationi adversatur. *L. eandem*, §. 1. *infr. de duob. reis.* Quæ omnia multo planius procedunt, si fingas a patre filium, quem in potestate habet, institorem datum esse, & hunc ex caussa institoria liberatum. Nam hic ut quivis paterfamilias prius obligabatur. *L. filiusfa. infr. de obl. & act.* Plane si institor vere creditori solverit, ita tota tollitur obligatio, ut liberetur dominus etiam condictione: quia non est amplius res, quæ debeatur.

Ad L.

Ad L. Qui pecuniam. 30.

Idem lib. 5. ad Plautium.

Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo, se ei obstringat.

S U M M A R I A.

1. *Promissor qui promisit se pecuniam, quam postea mutuam accepisset, redditurum, neque tenetur pecunia non accepta, nec offerente creditore accipere cogitur, & cur.*
2. *Nec is tenetur accipere pecuniam mutuam, qui se accepturum aperte promisit, etiam si sub usuris.*
3. *Promissor non tenetur, per quem stat, quominus conditio impleatur, si conditio etiam non adiecta ex iure insit.*
4. *Promissor pecunia quam se redditurum promisit, non accepta, ipso iure non tenetur.*

QUI pecuniam creditam accepturus erat, spopondit creditori futuro se eam pecuniam, quanta dicta erat, redditurum, nec postea accepit. Observandum est, quid hic secutum proponatur. Non enim postea stipulator se eam pecuniam numerasse dicit, & tanquam numeratam petit: quod si faceret, iure promissorem obligatum esse intenderet; etsi agens removeretur doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptione. *L. 2. §. circa, vers. proinde, infr. de dol. mal. exc. L. 3. C. de non num. pecu.* Sed stipulator ultro pecuniam non numeratam confitens, paratus nunc est eam numerare, atque eam etiam offert promissori: verum ille accipere recusat. Quæritur, an is in ea recusatione ex stipulatione obligetur. Et cur non obligetur, dixerit aliquis? cum si pure promisit, constet unumquemque ex stipulatione iure civili statim obligari. *§. de constituta, Inst. de act.* Si sub conditione: perinde sit quasi conditio extitisset, quia per eum stet, quominus impleatur? *L. in exsecutione, §. ult. infr. de ver. ob. L. iure, infr. de cond. & dem.*
1 † Hic traditur promissorem in potestate habere, ne accipiendo se creditori futuro obstringat: idest, in potestate habere, non accipere, & non accipiendo efficere, ne stipulanti obligetur. Quæ sententia vulgo parum liquet: verentur enim, ne pugnet cum ea regula iuris, qua traditur renunciare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. *L. sicut, C. de obl. & act.* Item cum eo, quod multis locis testatum est, ex hac cautione si stipulator agat, obstare ei doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptionem. *L. 3. L. in contractibus, C. de non num. pec. d. L. 2. §. circa, infr. de dol. mal. exc* Neque enim esset exceptio in hac caussa, nisi adversus intentionem iure civili constitutam. *Inst. de exc.* Sed nihil verius, quam promissorem in ea caussa, quæ proponitur, ex supra scripta stipulatione nullo modo obligari. Quod ut intelligatur, videndum est, quam ad rem eum inde obligari velimus. Et omnino hanc obligationem esse oportet, vel ut pecuniam accipiat, quæ offertur, vel ut promissam reddat. Quod si neutram ad rem obligatus est, omnino non obligatur. Primum hoc ratum esse debet promissorem in proposito ad pecuniam accipiendam non obstringi. Sic enim ad id obligatur, si eam se accepturum promisit. Atqui palam est hoc eum non promisisse: quæcunque enim hic conventio est, sive est pactum sive stipulatio, nihil amplius promisit qui pecuniam accepturus erat, quam se eam summam, de qua convenerat, redditurum: sub conditione nimirum, si accepisset. Quæ conditio si adiicitur, bene est: si non adiicitur, tamen satis exprimitur verbo reddendi; quoniam proprie non redditur, nisi quod acceptum est. *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* Eaque in hac specie sententia est contrahentium. Hoc enim agebatur, ut reus postea pecuniam acciperet, quam acceptam postea redderet. Hac conditione, si pecuniam acceperit, non promittit quisquam se accepturum: quoniam conditio nihil affirmat, nihil statuit. *L. si quis sub conditione, infr. si quis omis. cau. test.* Quod si quis contendet pecuniam simpliciter & sine conditione hic promissam, quia promittebatur tanquam iam accepta, utpote ab eo, qui se certo accepturum sperabat: etsi hoc non ita est; & aliud pactum esse, ex re ipsa & confessione adversarii appa-

ret: tamen hoc concesso efficitur tanto minus ad accipiendam pecuniam se obstrinxisse eum, qui ne conditionem quidem de ea accipienda interposuerat. Quapropter qui hoc loco adversari putant, quod dicitur semel contractæ obligationi renunciare, invito adversario, neminem posse: *d. L. sicut, C. de oblig. & act.* perspicuum est eos qua de re hic agatur, non animadvertere: stipulatio enim proponitur de pecunia accepta reddenda, non
2 de accipienda. † Ego autem amplius existimo, etsi quis aperte promisisset stipulanti se pecuniam mutuam accepturum: tamen ex ea promissione eum non obligari, ut accipiat. Inventæ sunt enim stipulationes, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest; cæterum ut alii detur, nihil interest stipulantis. *L. stipulatio ista, §. alteri infr. de ver. obl.* proinde nec illud, ut mutuum detur promittenti. Sed & illud ad substantiam obligationis pertinet, ut obligetur quis ad dandum aut faciendum alteri, quam sibi ipsi: denique ut inter duos sic constituatur obligatio, ut sit unus, qui præstet, alter cui præstetur. *L. 3. infr. de obl. & act. & d. §. alteri.* At qui mutuum accipit, sibi ipsi acquirit, non alii: quare ut accipiat, obligari non potest. Merito: totum enim hoc ut quis accipiat, accipientis caussa cavetur, non creditoris. Certi autem iuris est, licere unicuique iis quæ pro se cauta sunt, renunciare. *L. penult. C. de pac. L. si iudex, supr. de min.* Dicet aliquis sic sane debitoris nihil interesse, si hoc solum convenerit, ut pecuniam acciperet, neque redderet: ideoque hoc casu mirum non esse, si accipere non cogatur. At quid si convenerit ut acciperet, & redderet? nonne iam ideo accipere necesse habebit, quia totum hoc non illius solum caussa caveatur, sed & creditoris? Puto neutram ad rem promissorem obligari. Non ad accipiendum: quia in accipiendo, quatenus accipit, alteri nihil præstet, sed sibi: tantumque in eo utilitas eius agatur, non alterius. Non ad reddendum: quia ad reddendum obligatur sub conditione, quæ illo non accipiente deficit: esse autem debet in eius potestate conditionem hanc non implere, ut postea dicetur. Quid, si stipulatoris intersit pecuniam accipi propter usuras? Finge quem promisisse se pecuniam accepturum, & præterea eius pecuniæ usuras, de quibus inter contrahentes convenit. Ne sic quidem promissorem obligari dixeris, ut pecuniam accipiat: quia ut propter has usuras stipulatoris intersit pecuniam accipi, prius est, ut ad eas usuras præstandas promissor ex stipulatione teneatur: quod secus est. Usurarum enim stipulatio omnis etiam quæ verbis pura est, tamen natura rei tacitam hanc conditionem habet, si sors accepta soluta non sit. *L. lecta, infr. eod.* Itaque tota sorte soluta usuræ non debentur. *L. tutor, §. Lucius, infr. de usur.* Si pecunia mutua ultro accepta, licet eam statim solvere, & hoc modo efficere, ne & pecunia & usuræ debeantur: multo magis pecunia ab initio recusata, hoc idem promissor consequi debebit propter stipulationis usurarum conditionem: difficilius enim obligatio semel contracta dissolvitur, quam ab initio rebus integris non contrahitur. *L. sicut, C. de obl. & act.* Ita fit, ut nullo modo hic obligetur promissor ad pecuniam accipiendam, qui de ea accipienda nihil cavit: cum etsi id se facturum promisisset, nulla esset obligatio, quamvis & de usuris eius pecuniæ convenisset. Et quidem de eo nulla hic dubitatio est. Restat, ut si promissor ex proposita stipulatione obligatur, obligetur ad pecuniam reddendam, quam & se redditurum promisit. Hoc vero est, quod solum hic habuit dubitationem. Etsi enim natura nemo ad reddendum tenetur, qui prius non accepit: tamen cum hic per promissorem fiat, quominus pecuniam accipiat, iuris ratio suadere videtur, ut perinde teneri debeat, quasi accepisset: promisit enim sub conditione, si acciperet. Quoties autem per debitorem stat, quominus conditio impleatur, quasi conditio extitisset, ita obligatur. *L. iure, infr. de con. & dem. L. in exsecutione, §. ult. infr. de verb. obl.* Et huic dubitationi hoc responso occursum est: quo docemur nihil in hac cautione obesse conditionem, quominus sit in potestate promissoris pecuniam non accipere, & ita consequi ne obligetur. Nec regula superior de conditione est impedimento. † Conditiones enim, 3
quæ etsi non exprimantur, natura rei tacite insunt, pro conditionibus non habentur, & quamvis exprimantur, non tamen reddunt legata conditionalia, multoque minus stipulationes. *L. conditiones extrinsecus, L. aliquando, infr. de con. & dem.* Unde in contractibus, qui nomen non habent, ut permutatione, licet ei ex contrahentibus, qui nondum accepit, non accipere, & eo facto consequi ex pœnitentia, ne accipiendo obligetur *L. 3. L. 5. in pr. infr. de condict. cau. dat.* cum tamen obligetur hac conditione, si acceperit. *L. ex placito, C. de rer. per.* Sed hæc conditio & iure inest, cum iure quis

non

non obligetur ex huiusmodi contractibus, nisi ea conditione. Talis est autem hæc: pecuniam reddam, si acceperim. Nam etsi ea non adiiciatur, non possum tamen per rerum naturam reddere, nisi acceperim. Qua ratione in pignore dando placuit non videri eum pendente obligationis conditione pignus dedisse, qui pecuniam ab aliquo accepturus de pignore cum eo convenit prius, quam pecuniam accepisset: nec similem esse ei, qui cum sit sub vera conditione promissor, pendente ea conditione pignus creditori dedit. *L. potior, L. qui balneum, infr. qui pot. in pign.*
4 *L. pen. infr. quæ res pig. obl. pos.* † Quid ergo? qui pecuniam spopondit creditori futuro, omnino nec ipso iure obligatur, si pecuniam non accipiat, aut non prius quam accipiat? Consequens est superioribus, non obligari: idque & verba huius loci satis ostendunt. Dicitur enim promissor spondere pecuniam creditori futuro, ut intelligamus non esse creditorem, qui nondum pecuniam numeravit. Aperte etiam dicitur promissor in potestate habere, ne accipiendo se obstringat: quibus verbis declaratur pecunia non accepta, nondum eum obligatum esse, sed obligationem ex eius potestate pendere. Hoc loco opponuntur illi loci, quos supra indicavi, quibus in hac ipsa specie, cum quis quasi pecuniam accepturus spopondit creditori futuro, nec accepit: placet si ex cautione conveniatur, posse eum se tueri exceptione vel doli mali, vel non numeratæ pecuniæ. *L. 3. L. in contractibus, C. de non num. pec. L. 2. §. circa, in fin. infr. de obl. & act.* Qua sententia negari non potest, quin efficiatur promissorem ex hac stipulatione iure civili esse obligatum: nam, ut dixi, non est exceptio nisi adversus actionem iure comparatam, §. 1. & *deinceps. Inst. de excep.* Itaque hic non habet melius Bartolus, quo se expediat, quam ut dicat cum Accursio eum qui pecuniam quam non accepir, promisit se redditurum, iure civili obligari, sed non cum effectu, quia totus sit exceptione. Sed hæc sententia & his quæ de conditione huius promissionis disseruimus, & verbis huius loci satis refellitur. Non laborarent in hac re vulgo, si horum locorum dissimilitudinem observassent, & in his quæ esset differentiæ ratio, satis attendissent. Meminisse enim debemus, quod initio posui, agi hic de eo promissore, non solum qui quam pecuniam cavit se redditurum, eam non acceperit; sed etiam de quo constet eum non accepisse, idque adversarii ipsius confessione: ut qui pecuniam de qua convenerat, numerare paratus esset, eamque nunc offerrer. De quo promissore id constet, eum non obligari recte dicimus: nihil enim proponitur ne ab actore quidem, cur obligetur, cum promiserit pecuniam, si eam accepisset: actor autem ipse fateatur eum non accepisse. At in supra scriptis locis, in quibus adversus stipulatorem exceptio promissori datur, licet observare, agi de eo promissore, qui non acceperit quidem & ipse pecuniam, quam promisit, sed tamen cum quo creditor ita agat, quasi pecuniam numerasset: unde & ab illo exigitur, ut a se numeratam probet. Hoc quidem expressum est in *d. L. 3. C. de non num. pec.* Cum ita agit creditor, sic cum reo agir, ut cum vere obligato: esset enim vere obligatus, si pecuniam accepisset. Nec ad rem pertinet, quod forte pecunia illi numerata non est, & sibi non esse numeratam dicit; de eo enim non constat, & in re dubia cautio seu chirographum promissoris adversus eum facit: cui iure civili tandiu standum est, quoad aliquid contra probetur. Hinc obligatio & actio iuris civilis in re dubia: quam actionem si procedere non velimus, necesse fuit exceptionem proponere. Unde & exceptio prodita pecuniæ non numeratæ, seu doli mali, si de ea numeratione esset controversia. In re certa ipsa cautio se esse inanem ostendit: cum per rerum naturam nulla sit redditio eius rei, quam non acceperis: ac de ea specie, ut dixi, hic agitur. Itaque qui in hunc locum invehunt disputationem de exceptione pecuniæ non numeratæ, deque obligatione literarum, quibus locus esse non solet, nisi creditore pecuniam ut a se numeratam petente: nihilo convenientius faciunt, quam si hoc loco de commodato & deposito tractarent, quia & hi re fiunt, ut mutuum, aut etiam de quibusvis aliis rebus a proposito alienissimis.

Ad L.

Ad L. Cum fundus 31.

Idem lib. 17. ad Plautium.

Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset: puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum caussa omnis restituenda sit: idest, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutus fuisset.

S U M M A R I A.

1. *Mora facta, quæ quibus iudiciis præstanda.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam præstanda: quid caussæ verbo hic contineatur, & cur sic dicta.*
3. *Iudicium acceptum.*
4. Post iudicium acceptum *cur adiectum.*
5. *Post moram cur caussa non præstetur.*
6. *L. non potest. D. de iud. explicatur.*

1 CUM † mora a possessore aut debitore facta est, quæri solet, an omnia actori præstanda sint, quæ habiturus esset, si res possessa debitave sine mora ei restituta aut soluta esset: quo in numero sunt rei pretium, si ea perierit, aut deterior facta sit; fructus & partus; item & quæ rei accesserunt, quæve extrinsecus per servos acquiri possunt. Et pro eo tempore, quod litem contestatam antecedit, non omnia hæc omnibus iudiciis seu actionibus præstantur. Pretium quidem rei quod fuit, cum mora facta est, semper debetur & in omnibus iudiciis, si res deinde perierit, aut deterior facta sit. *L. illud, supr. de pet. her. L. item si verberatum, §. ult. supr. de rei vind. L. cum res, §. ult. infr. de legat.* 1. *L. si ex legati, L. nemo rem, §.* 1. *infr. de verb. obl.* Fructus vero & partus, itemque omnes accessiones in bonæ fidei iudiciis, necnon legatis & fideicommissis æque ex mora præstantur. *L.* 3. *L. equis, L. usuræ, infr. de usur.* Idem servatur & in iudiciis arbitrariis. *d. L.* 3. *§.* 1. *de usur.* proinde & in actionibus in rem & ad exhibendum: nam hæ sunt arbitrariæ. *L. in actionibus, infr. de in lit. iur. L. qui restituere, in fin. supr. de rei vind.* In strictis autem iudiciis, quibus id petitur, quod nostrum non fuit, veluti ex stipulatu, placet nos fructus non consequi, quamvis mora facta sit. *L. videamus,* 2. *§. si actionem, infr. de usur.* Cuius sententiæ rationem diligentius exposui & in commentario de fructibus, & in *L. si filiusfam. §. ult. infr. de verb. oblig.* Quo posito consentaneum videri poterat idem in hoc genere & post litem contestatam admitti. Nam qui iudicium accipiendo litigare mavult, quam rem restituere, quid aliud quam moram facit? *L. nemo rem, §.* 1. *infr. de verb. obl.* Sed hoc non placuit. † Ne ergo hic 2
nos horum temporum similitudo falleret, de tempore quod litem contestatam sequitur, sine distinctione rerum superiorum, itemque iudiciorum generalis sententia traditur: post iudicium acceptum omnem caussam actori præstandam esse: Sententia multis locis pro certo iure a veteribus usurpata, ut hic, & *L. præterea, supr. de rei vind. L.* 2. *L.* 3. *§* 1. *d. L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* Ea autem significatur, superiora illa quæ dixi, & omnia & omnibus iudiciis sententia iudicis actori esse restituenda. Quod ita esse, verborum sententia cognita, intelligetur. Vult definitio omnem caussam præstandam esse. Caussam dixerunt veteres id omne, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petita restituta, solutave esset, ut hic explicatur, & *d. L. præterea, supr. de rei vind.* Quibus verbis continentur illa, quæ supra posui: rei æstimatio, si perierit res, aut deterior facta sit: rei petitæ fructus & partus: quod rei petitæ accessit, ut quod per alluvionem accrevit, ut ususfructus qui ad proprietatem rediit: tum quæ a servo petito quæsita sunt, quæve quæri potuerunt. *L. illud, supr. de pet. her. d. L. præterea, de rei vind. d. L.* 2. *L. equis, L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* Caussa sic dicta, ut sit contineos pro contento. Caussa pro eo, quod in caussa & lite versatur, seu quod in iudicium deductum est. Omnia autem vi ipsa deducta intelliguntur, quæ ex re petita actor, si sibi restituta esset, consequi potuit: quo in numero superiora esse, ideoque & illa in iudicio versari, ac propterea eorum omnium officium iudici simul atque iudex factus est, incumbere Ulpianus vim huius verbi explicans scribit in *L.*

ædiles,

ædiles, §. *item ſciendum*, *infr.* de æd. ed.
3 † *Poſt iudicium acceptum* valet, poſt litem conteſtatam. Quod etſi ex aliis locis notiſſimum eſt: tamen ne quid neceſſe ſit alios requirere, ſatis ex hoc ipſo oſtenditur, cum iudicium acceptum Paulus poſtea vocat litem conteſtatam. Sed & Papiniani definitio de eadem re ita fere concepta legitur, ut pro his verbis, *poſt iudicium acceptum*, dicat poſt litem conteſtatam, *L.* 2. & *L.* 3. §. 1. *infr. de*
4 *uſuris*. † Cur ergo hic additur, *poſt iudicium acceptum*, cum & ante iudicium acceptum, mora facta, ſuperiora illa præſtentur? quia ante præſtantur, ſed non in iudiciis omnibus: at poſt iudicium acceptum in omnibus, etiam in quibus ante non veniunt; *d. L. videamus*, §. *ſi actionem*. At hoc ſi ita eſt, cur Paulus hoc loco cum diceret poſt iudicium acceptum cauſſam præſtandam eſſe, adiecit: cum res petita eſt *per condictionem*, quæ actio eſt in perſonam ſtricti iuris? Non utique ut cætera iudicia excluderet, quæ ſunt bonæ fidei aut arbitraria, quales ſunt actiones in rem: quod eſſet abſurdum, cum in his iudiciis omnia ſint pleniora, & benignius ac prolixius accipiantur; ſed ut oſtenderet in condictione quoque, ideſt, in actione in perſonam æque eandem definitionem ſervari. Quod ideo fecit, quia eius temporibus non caruit res dubitatione. Sciendum eſt enim, ut poſt iudicium acceptum id actori præſtetur, quod habiturus eſſet, ſi eo tempore quo res petita eſt, reſtituta eſſet, primum inductum fuiſſe oratione Hadriani in petitione hereditatis. *L. illud*, *ſupr. de pet. her.* Quod ius deinde facile translatum eſt ad ſingularum rerum vindicationes: *d. L. præterea*, *ſupr. de rei vind.* idque propter ſimilitudinem iudiciorum: nam & hæ in rem ſunt, itidem ut petitio hereditatis. Qua ratione quod de dolo præterito præſtando in petitione hereditatis iuris erat, in ſpeciali in rem actione idem Paulus recipi debere argumentatur in *L. ſin autem*, §. *ſi homo*, *ſupr. de rei vind.* Sed num idem producendum eſſet & ad actiones in perſonam, apud veteres dubitatum, & variatum eſt. Nec abs re. Actione enim in rem petimus, quod noſtrum eſt; condictione id, quod nobis debetur. *L. actionum*, *infr. de obl.* & *act.* Res debita, quocunque iure nobis debeatur, ſemper aliena eſt, non noſtra. *L.* 3. *infr. de obl.* & *act.* Neque vero in rebus alienis quantumvis debitis idem iuris habemus, quod in noſtris. Sed tamen obtinuit & in actionibus in perſonam idem ius ſervari oportere: quod teſtatur Papinianus in *d. L.* 2. *infr. de uſur.* his verbis: *Vulgo receptum eſt, ut quamvis in perſonam actum ſit, poſt litem tamen conteſtatam cauſſa præſtetur:* & mox hanc ſententiam opinionem vocat. Id ipſum eſt, quod de condictione, ideſt, actione in perſonam & Paulus hoc loco confirmare voluit adverſus ſuperiorem dubitationem. Ideo ait ſe putare in hoc genere cauſſam præſtari: & putare ſe hoc nos iure uti: quæ omnia verba eorum ſunt, qui non de iure aperto & conſtituto reſpondent; ſed de eo, quod poſitum ſit in ratione æquitatis, & receptum plurium auctorum ſententiis. Atque hanc fuiſſe ſententiam Sabini & Caſſii, quæ æquitate ſolum defenderetur, non conſtituto iure, idem Paulus teſtis eſt in *d. L. videamus*, §. *ſi actionem*, *de uſur.* Sic igitur definitio huius loci exaudienda eſt, quaſi dictum eſſet: etiam cum fundus, vel homo per condictionem petitus eſt, tamen hoc iure nos uti, ut poſt iudicium acceptum omnis cauſſa reſtituenda ſit. Ut iam efficiatur hæc ſententia iuris certi: poſt litem conteſtatam in iudiciis omnibus tam in rem, quam in perſonam cauſſam omnem actori præſtandam eſſe: ideſt, illa omnia quæ his verbis contineri
ſupra diximus. † Sed cur potius poſt li- 5
tem conteſtatam, quam ante, ſi nihilominus & ante mora facta eſt? Ratio hæc redditur in *d. L.* 2. *de uſur.* quia tale quidque præſtandum ſit, quale eſt, cum petitur. Recte: non enim videtur tale præſtari, niſi cum re omnia præſtentur, quæ res ſecum allatura eſſet petitori. Illud ad hæc diſtinguenda certius videtur, quod ſupra iam dixi, ſuperiora omnia litis conteſtatione una cum re in iudicium deduci: deducta officio iudicis iniungi, ut præſtentur. Ut iam non propter moram, ſed quia poſt iudicium acceptum in iudicio verſari cœperint, ideo a iudice æſtimari & poſſint & debeant. *d. L. ædiles*, §. *item ſciendum*, *infr. de æd. ed.* Atqui hac ratione efficitur, ut quæcunque res iudicio petita ſit, ſemper poſt iudicium acceptum omnis cauſſa, id eſt, quod in iudicio verſatur, præſtari debeat. Cur ergo in hac definitione concipienda res diſtinxit Paulus; & addidit: cum fundus vel homo petitus eſt, id eſt, ſpecies certa? Et quod in genere actionis fecit, hoc idem fecit in rebus, de quibus definitionem concepit; nimirum & in actione & in rebus eas poſuit, de quibus maior erat dubitatio; ut ſi in his poſt iudicium acceptum cauſſa omnis præſtanda eſſet, ex eo liceret colligere de cæteris, de quibus

bus dubitatio erat minor. Res certæ, ut homo & fundus, natura admittunt accessiones & detrimenta. Ut si in his intelligimus non solum corpus ipsum rei petitæ præstandum esse, sed etiam accessiones, & detrimenta æstimanda: continuo intellecturi simus in re petita, quæ talis est, ut superiora non recipiat, multo magis caussam esse restituendam: quia in caussa nihil amplius versetur, quam ea ipsa res, quæ verbis in iudicium deducta est. Quod accidit, cum petitur id quod interest, id est, pecunia, aut aliud genus, ut vinum ex mutuo. Quo in genere solum præstatur unius temporis æstimatio; *L. ubi, supr. de eden. L. vinum, supr. eod.* sed ideo, quia ea sola in iudicium venit: & natura talis est, ut nec fructus pariat, nec recipiat interitum aut deminutionem. At nihilominus verum est, cum illa præstatur, omnem caussam præstari: quia præstatur id omne quod in iudicio versatur, & quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petita restituta esset, ut pluri-
6 bus docuimus ad *L. vinum supr.* † Videamus tamen, ne aut definitio superior falsa sit, aut adversetur ei, quod traditur, non videri in iudicium venisse ea, quæ post litem contestatam accidunt: ideoque ad hæc consequenda alia interpellatione opus esse. *L. non potest, supr. de iud.* Nam fructus & partus postea editi, item quæ postea accesserunt, quæsitave sunt, omnia post iudicium acciderunt: quo fit, ut iuxta proximam sententiam eodem iudicio obtineri non possint. Sed inter hæc optime convenit. Intelligendum est enim, quod dicitur non videri in iudicium venire id, quod post litem contestatam accidit: de rebus principalibus dici, idest, iis ad quas petendas propria actione & interpellatione sit opus; ad accessiones autem rei petitæ non pertinere. Idque ex eo satis intelligitur, quod subiicitur: & *ideo nova interpellatione opus est*. Neque enim accessiones propriam actionem & iudicium desiderant, ac ne habent quidem: cum præstentur officio iudicis. Et merito hæc sententia ad accessiones rei petitæ non pertinet. Nam si res petita in iudicium venit, & semper in iudicio versatur, necesse est una etiam cum re in iudicium venisse, in eoque versari eius rei accessiones, ut quæ quodammodo rei petitæ partes sint: certe emolumentum rei continent.

Ad §. Servum tuum.

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi. Is ex peculio, quam ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus, & Cassius posse te mihi hominem condicere. Sed si quid mihi abesset, negocio, quod is gessisset, invicem me tecum acturum & hoc verum est. Nam & Iulianus ait, videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonæ fidei emptori. Quod ad peculiares nummos attinet: si extant, vendicare eos dominus potest. Sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sunt, actio de peculio evanescit. Sed adiicere debuit Iulianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum, & quæcunque (si cum libero contraxisset) deberentur, dominus servi præstaret. Idem dici debet, si bonæ fidei possessori solvissem. Si tamen actiones, quas adversus eum habet, præstare domino paratus sim.

S U M M A R I A.

1. *Condictio quæ in specie proposita adversus possessorem servi de re illi tradita, quæ domino tradi debuit.*
2. *Lectio notata*
3. *Dominium transfertur ex falsa caussa quæ subesse putatur, & in venditione si venditor sibi solutum pretium putet.*
4. *Compensationi ubi locus.*
5. *Probat emptionem servi, qui ex ea agit, & qui probat, etiam in solidum adversario tenetur.*
6. *Empti & venditi obligatione quid contineatur.*
7. *Responsi summa.*

SErvum tuum imprudens a fure bona fide emi. Ita servus semper tuus est; ego tantum bona fide possideo. Is servus ex peculio quod ad te pertinebat, hominem paravit: idest, emit, & pretium de peculio tuo numeravit. Qua ex re factum est,

est, ut hic tibi ex empto deberetur, non mihi: quod enim servus bona fide possessus acquirit ex re domini sui, id ad dominum pertinet, non ad bonæ fidei possessorem. *L. acquiruntur*, §. *de his*, & *seq. infr. de acq. rer. dom.* §. *de his*, *Inst. per. quas pers.* Verumtamen cum ego servi tui dominus esse existimarer, homo ab illo emptus mihi tanquam domino traditus est: itaque & meus factus est. Si servo ipsi traditus esset, mihi non acquireretur; *L. si servus*, *infr. de acq. rer. dom.* sed quia mihi traditus est hoc animo, ut in me dominium transferet: ego voluntate venditoris eiusdemque domini dominus sum effectus, non to. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divi.* Quæ res facit, ut tu eum a me vindicare non possis, aut ab ullo alio possessore. *L. in rem*, *supr. de rei vind.* Sed tamen cum tuus is homo esse debuerit, ut qui tibi ex empto tradi deberet; cum præterea ioiquum sit tibi perire tuos nummos, ex quibus is homo paratus est: de utraque re hic quæsitum est. Primum de homine, num quam actionem in personam habeas eius consequendi caussa, & adversus quos: deinde de nummis peculiaribus, num eos possis a venditore cui soluti sint, repetere, & qua actione. De quibus hoc loco ita respondetur, ut statuatur in summa, te hunc hominem propriis actionibus in personam posse petere & a me, & ab eius venditore: nummos autem si extant, a venditore vindicare posse: non tamen impune; & adiicitur quomodo te agente tum mihi tum venditori adversus te consolatur. Responsi autem hic ordo & sententia est: Sabinus & Cassius posse te mihi hominem
1 condicere. † Qua condictione? Non indebiti, ut vulgo interpretantur: tu enim eum hominem mihi non solvisti, ac ne potuisti quidem, cum nec tuus esset, nec tu eum mihi vendidisses: nec potest indebiti condictio alii competere, quam ei qui indebitum solvit, & cum quo negotium gestum est. *L. si in area*, *infr. de cond. ind.* Dices te condictione indebiti usurum ex persona venditoris, qui eum hominem mihi indebitum mihi solvit: venditorem enim ex ea caussa habere adversus me condictionem Indebiti; eum autem tibi teneri, ut eam condictionem cedat, ut infra dicetur. Nunc utilius esse vitato circuitu, & non expectata ea cessione te recta ea condictione experiri: non quidem directa, attamen utili. Sed inauditum est, & contra iuris formam, actionem alicui quæsitam alteri dari, iuvito eo, cuius ea est actio, quantumvis is agat, cui eam actionem cedi oporteat: *L. possessio*, §. *ult. infr. de acq. poss.* usque adeo, ut ne utilibus quidem actionibus ex persona creditoris uti possimus, priusquam ille actionem ex aliqua caussa in nos collatam voluerit, puta in solutum dederit, vendiderit, legaverit. *L. ult. C. quan. fis. vel priv.* *L. postquam*, *L. ex nominis C de her. vel act. ven.* *L. ex legato*, *C de legat.* Nunc autem de eo domino agitur, qui inconsulto eius hominis de quo quæritur venditore, ultro eum hominem mihi condicat: respondeturque posse eum condicere, non utili condictione, de qua hic nullum verbum; sed absolute condicere, ut directa condictio intelligatur. Nihil pro istis facit *L. dominus*, *infr. de condict. ind.* Nam illic qui nummos a se datos condicit ab eo, cui dederat, condictione sine caussa vel ob caussam id facit, eamque directam habet & ex sua persona, non aliunde. Sed condictio est tibi adversus me ideo, quia ex re tua factus sum locupletior, ut in *L. si eum servum*, *sup.* & *L. seq. infr. eod.* Est autem hæc condictio ex negotio a me gesto. Nam cum hominem tibi emptum ego ex caussa eius emptionis, quæ tua erat, mihi paravi, negotium gessi opinione quidem mea meum, sed re vera tuum: feci enim in re tua, quod facere tuum erat: quam veritatem attendimus. *L. ultim. supr. de negot. gest.* Sed si quid mihi abesset ex negotio quod servus gessisset, iidem aiunt invicem me tecum acturum. Ex negotio qood is gessisset, idest, ex eius emptione. Abest autem quid mihi ex ea caussa, veluti si quid solverim de meo ad supplendum quod pretio deerat; si quid impenderim arrhæ, aut instrumentorum conficiendorum nomine, si quid vectigalis, aut alicuius tributi caussa. Ad eam rem mihi tecum est contraria negotiorum gestorum actio, quæ alienorum negotiorum gestoribus datur de eo, quod in rem alienam impenderunt. NAM ET IULIANUS AIT, VIDENDUM. Prius tibi domino actionem Paulus dedit adversus me, qui hominem a servo tuo emptum & mihi traditum habeo: nunc dat tibi ex Iuliani sententia adversus eius hominis venditorem. Unde apparet id quod sequitur, non esse rationem præcedentis sententiæ. Neque enim tu ideo adversus me condictionem habes, quia potes eiusdem hominis nomine agere adversus venditorem: cum venditor tibi obligetur ex contractu servi a me possessi, per quem & tibi actio acquiritur; ego autem cum illo non contraxerim, unde ego tibi obliger: ut manifesse hæ actiones distinctas caus-

2 caussas & longe dissimiles habeant. † Quapropter necessario per adversativam hic locus legendus est: vel hoc modo, ut in quibusdam exemplaribus, SED IULIANUS; vel ita, ut in his verbis NAM ET, intelligantur inversæ esse literæ: *nam &*, pro *tamen:* ut sit: TAMEN IULIANUS: quod eandem significationem habet. Est autem hæc sententia. Sabinus & Cassius tibi domino servi a me bona fide possessi dant condictionem, & recte. Sed Iulianus, vel, Tamen Iulianus recte monet, non esse hanc solam actionem & viam, qua tibi consulatur, quam tamen illi solam posuerunt: posse enim te etiam adversus venditorem hominis agere ex empto. Sed *Iulianus videndum ait*, inquit Paulus, *ne dominus integram ex empto actionem habeat*. Dominum intelligit te, qui servi a me possessi eiusdemque emptoris dominus es; at de quo sub secunda persona posita est quæstio: quam personam nunc mutat, ac de te sub tertia persona domini deinceps loquitur. Dixit autem Iulianus usitato more veterum, videndum esse, ne dominus ex empto actionem habeat, pro eo quod est, se putare dominum actionem ex empto habere: de quo more vide Duar. *lib. 2. Disputat. cap. 11.* Addit te actionem ex empto habere integram: quia si initium spectatur, nulla dubitatio est, quin eam ab initio habueris. Cum enim servus tuus hominem de peculio tuo emit, constabat ex eo contractu statim tibi actionem esse quæsitam *d. L. acquiruntur, §. 1. & §. de his, infr. de acquir. rer. dom.* Sed postquam venditor eum hominem postea bona fide mihi solvit, ex eo cœpit dubitari, an eam actionem habere desieris: quasi ea solutione quæ bonam fidem, & iustum errorem habuit, venditor sit liberatus. Et Iulianus significat non esse liberatum: ideo eandem actionem, quæ initio fuerat, etiam nunc adversus venditorem tibi integram manere. Recte: Solvit enim ille quidem quod debuit; sed alii, quam cui debuit. Mihi enim eum hominem non debebat, sed tibi, ut ostendi. Alii, quam vero creditori nullo mandato intercedente frustra solvitur, quantumvis debitor existimaverit se aut vero creditori, aut voluntate eius alii solvere. *L. qui hominem, §. si nullo, L. solutam, infr. de solut. §. recte, in fin.* Inst. mand *Venditor autem*, inquit Iulianus, *condicere potest bonæ fidei emptori:* id est, mihi, qui servum tuum a fure bona fide emi, ut est a Paulo propositum. Hac actione nimirum fit, ut venditor eum hominem, qui ab illo servo emptus & mihi traditus est, de quo homine nunc agitur, a me recipiat, receptum deinde tibi tradat, ut illum a principio ex empto facere oportuit: atque ita hac quoque via non minus eum hominem consequaris, quam si ipse mecum egisses. Qua condictione venditor mihi hunc hominem condicere possit, perspicuum est: solvit enim mihi hominem indebitum per errorem, dum me dominum putat, aut hominem ex peculio meo emptum. Falso utrumque: erit igitur condictio indebiti. Sed quomodo condictio venditori, si is hominis venditi & mihi traditi adhuc dominus mansit? Et vero si mansit, condictio illi esse non potest: nemo enim rem suam condicere potest, præterquam a fure. *L. ult. supr. usuf. quem. cav. §. sic itaque, Inst. de act.* Et diserte scriptum est in *L. dominus, infr. de cond. ind.* eum qui nummorum solutorum dominus mansit, nummos non per condictionem, sed in rem actionem petere debere. † At videamus, 3
ne in hac specie venditor, quamvis homine mihi tradito, eius nihilominus adhuc sit dominus; idque efficiat lex empti & venditi, de quo contractu nunc agitur. Nam quod attinet ad alias caussas omnes, si quis tanquam ex his debitum mihi solvisset, quod esset indebitum, dominium in me transferret: quia etsi falso caussam subesse existimat, dum tamen putat subesse, rem transferre voluit: ad transferendum dominium rei traditæ voluntas domini sufficit, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Et quod dicitur non transferri dominium, nisi iusta aliqua caussa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *L. nunquam, infr. de acquir. rer. dom.* sic accipiendum est: nisi præcesserit aut re vera, aut tradentis opinione. Utrumque enim ad movendam domini voluntatem pariter valet. Quod nisi ita esset, nunquam indebito soluto competeret condictio: cum id indebitum sit, cuius nulla est debendi caussa. Sane si sciens me non esse dominum servi a me possessi, qui hominem emerat, mentitus essem venditori me dominum esse, & ita hominem emptum tanquam mihi indebitum accepissem: ego eius hominis furtum facerem, nec homo meus fieret. *L. falsus, infr. de fur.* Nunc autem servum emptorem bona fide possedi, & hominem ab eo emptum tanquam mihi debitum accepi. Quare ne ab hac quidem parte ullus meius esse potuit, quominus homo meus fieret, si ex alia caussa quam venditionis mihi traderetur. At de homine ex caussa venditionis tradito agitur. De rebus venditis ita placuit, venditas res quamvis traditas non fieri accipientis, nisi

aut

aut pretium venditori solutum sit, aut ei aliter satisfactum, vel is fidem emptoris secutus sit de pretio, *§. venditæ, Inst. de rer. divis. L. procurator, §. pen. infr. de trib.* Quorum nihil in proposito intervenit. Nam cum pretium venditori iure solutum haberetur: neque ego illi aliter satisfacere volui pro pretio, quod putabam illum habere; neque ille fidem emptoris de eo secutus est, cum id se accepisse existimaret. Solutum autem ei vere dici non potest, cum nummi peculiares illi soluti, non sint facti accipientis: ut pote ab eo soluti qui dominus non erat. Unde & dominum servi eos nummos vindicare posse infra traditur. Neque porro solvi intelligitur, quod non fit omni ex parte accipientis. *L. cum quis, §. qui hominem, L. qui sic, infr. de sol.* Quare ex supra scripto iure venditor mansit hominis venditi dominus: & quia mansit, vindicare eum a me potest, non condicere, *d. L. dominus, infr. de cond. ind* Et puto, quod de caussa traditionis dicitur, idem dicendum de pretio soluto. De caussa traditionis ita proditum est, non transferri dominium, nisi venditio aut iusta alia caussa praecesserit, ex qua traditio sequeretur, *d. L. nunquam, infr. de acquir. rer. dom.* Atque hoc sic recte accipimus: sive re ipsa praecesserit, sive opinione eius, qui tradit, ut ante dixi: Sic & quod dicitur in emptione, non transferri rem venditam quamvis traditam, nisi pretio soluto, sic accipi debet: nisi aut vere pretium solutum sit, aut opinione venditoris, cui pecunia pretii nomine soluta sit. Horum enim in utroque, caussam dico tradendi, & pretii solutionem, solum hoc quaeritur, ut dominus dominium velit transferre: quod facere non putatur caussa non praecedente, & pretio non soluto. Quod si appareat etiam sine his dominum velle rem suam transferre, recte transferri dicemus: quia voluntatem eius transferre volentis oporteat ratam haberi, *d. §. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Id autem tunc accidit, cum venditor & caussam venditionis & pretium subesse putat: quod fit in hac caussa, ubi is qui mihi eum hominem, de quo quaeritur, tradidit, & vere eum vendidit, etsi non ei, qui mihi acquirat, quod tamen putat; & pretii loco pecuniam accepit, quam suam factam esse existimat. Dominus igitur hominis venditi esse desiit venditor, qui in hac opinione hominem tanquam mihi debitum tradidit: proinde si eum a me repetat, vindicare eum non possit, sed solum a me condicere, ut Iulianus scripsit. Atque haec de hominis emptione, quae tum tibi domino debetur, tum venditori. De peculiaribus nummis sequitur. *Quod ad peculiares*, inquit, *nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest.* Dominus, id est, tu, ut est propositum. Vindicare autem ideo potes, quia nomini a principio tui fuerint: eum essent ex peculio quod ad te pertineret; huius autem alienationem servus tuus non habuerit, qui etiam si prius habuisset, tamen desiisset habere, furto surreptus, qualis hic fuisse proponitur. *L. libera, infr. de pecul.* Porro domino in rem actio, id est, vindicatio competit. *L. in rem, sup. de rei vind. L. actionum, infr. de ob. & act.* Sed ita vindicare potes, si exstent, non etiam si a venditore consumpti sint: non est enim vindicatio nisi adversus eum qui possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Non possidet autem venditor consumptos; nec dolo malo possidere desiit, qui nummos peculiares meos putavit, & intellexit me venditioni & alienationi nummorum consentire. Addit Iulianus, quo iam consulat venditori adversus dominum nummos vindicantem: *sed actione*, inquit, *de peculio tenetur* dominus *venditori, ut pretium solvat*: id est, venditor adversus te actionem habet de peculio, ut pretium solvas. Quippe servus tuus emptionem contraxit: ex contractibus servorum adversus dominos actio competit, sive negotium ratum habeant, sive non habeant, saltem de peculio, quod apud eos est, *§. actiones autem, Inst. de act.* Haec adiectio declarat, si nihil sit in peculio, dominum venditori non teneri; aut si sit minus quam pretium est, non ultra id, quod est in peculio, esse actionem. Ac fieri potest, ut hi nummi qui a te vindicati sunt, tam aute peculiares esse desierint: quia scilicet iam ante servo tuo peculium ademisses sine dolo malo, priusquam de emptione servi tui cognovisses. Sed ita, inquam, venditori solum de peculio adversus te actio est, si tu nummos peculiares vindices: quoniam hac re ostendas te venditioni stare nolle. Aliter, atque si tu emptionem probes, eoque ex empto cum venditore agas: ubi placet te ad solidum pretium praestandum teneri venditori, de quo postea *in vers. sed adiicere*. † Sed quaeritur, si venditor actionem habet de peculio adversus 4
dominum, quomodo possit dominus ab eo nummos peculiares vindicare: cum usque ad concurrentes quantitates videatur admitti debere compensatio, qua admissa ipso iure venditor liberetur? *L. 4. C. de comp.* Et verum est, quod vulgo dicitur, hic locum

locum non habere compensationem. Nam si de iure vetere quæritur, ex quo hic locus scriptus est, non potuit compensatio obiici ei, qui in rem ageret: huic enim nihil debetur. §. 1. *Inst. de act.* Non est autem compensatio, nisi debiti & crediti invicem confusio: *L.* 1. *infr. de comp.* non est compensatio, nisi tunc cum pecunia invicem debetur. *L.* 4. *C. de comp.* Primus Iustinianus etiam in actionibus in rem compensationem admisit in *L. ult. C. de compens.* Hic autem dominus nummos suos a venditore vindicat. Quod si rem ad Iustiniani constitutionem revocare volumus, tamen ne ex ea quidem in hac specie compensationi locus erit. Etsi enim dederimus in rem agenti compensationem opponi posse, ubi nummos, idest, rem quantitatis certæ vindicet: tamen in totum sic ea constitutione compensatio admissa est, si caussa ex qua compensatur, sit liquida. Non est autem liquidi debiti compensatio, quæ opponitur de eo, quod dominus de peculio debet: cum hoc ipsum maxime incertum sit, quantum sit in peculio, & præcipue quantum futurum sit tempore rei iudicandæ; ex quo tamen tempore quantitas peculii in actione de peculio spectatur. *L. quæsitum, in pr. infr. de pec. L. cum fideiubet, infr. de fid.* Utrumque ergo recte dictum est, & venditorem adversus dominum actionem ex vendito habere de peculio, & nihilominus dominum ab eo nummos peculiares qui illi soluti sunt, & apud eum adhuc exstant, posse vindicare, postquam ea vindicatio compensatione non est sublata. Sed ut est vindicatio nummorum peculiarium, quæ domino competit adversus venditorem: ita est actio de peculio, quæ venditori datur adversus dominum. Constat dominum nummos vindicare posse, sed si exstant, ut ante scriptum est: his autem bona fide consumptis venditorem iam hac actione non teneri, ut qui nec possideat, nec dolo malo desierit possidere. Iulianus actionis de peculio eandem in proposito conditionem esse ostendit; hac actione dominum teneri venditori prius dixerat: declarat id se intelligere eadem illa conditione, si nummi exstent. Subiicit enim: *si consumpti sint, actio de peculio evanescit.* Quod recte in hac specie dicitur. Etsi enim in universum falsum est actionem de peculio exstingui, ubi pars peculii exstincta est, cum de peculio quod restat, integra sit actio: tamen in hac specie consumptis a venditore nummis quos habuit, id contigit, quo factum est, ut dominus a venditore liberaretur. Debebatur enim venditori pretium emptionis, ad quod consequendum actionem de peculio adversus dominum habuit. Hoc pretium ad eum pervenisse, ac veluti ei solutum esse a domino intelligitur, cum nummi peculiares illi soluti bona fide ab eo consumpti sunt. *L. non omnis, §. si pupillus, supr. eod.* Vere enim illi soluti essent, si facti essent accipientis. Post illam autem consumptionem in ea caussa esse incipiunt. Nam neque vindicari ab eo possunt, qui sine dolo malo non possidet: nec consumpti condici ei, in quem si a principio translati essent, nummi et non condicerentur. Cuius enim pecuniæ ab initio in accipientem translatæ condictio non est: eius ab initio non translatæ, si postea consumatur, cessat condictio: quia consumptio pro translatione est. *L. si filiusfam. supr. eod.* Sed adiicere iulianus debuit. Hactenus caverat Iulianus tibi eidemque domino adversus venditorem ita, ut nihil omitteret, sive quod ad hominem a servo tuo emptum ab illo petendum, sive quod ad nummos peculiares illi solutos ab eo repetendos pertineret. Id cum plene fecerit, in eo nihil Paulus desiderat. Consuluerat & Iulianus vicissim venditori adversus te, sed tunc solum, cum repudiata emptione nummos peculiares ab illo vindicare velles. Quomodo illi caveretur, si tu adversus eum ex empto ageres, prætermisit. Id ab illo prætermissum Paulus hoc loco adiicit, ut & in hac re plene adversus te cautum sit venditori. Bene, inquit, Iulianus scripsit in proposita specie venditorem hominis a servo tuo empti ex empto tibi teneri, ut eum hominem tibi tradat. Sed cum vellet in hac quæstione etiam venditori consulere, adiicere debuit, quod in hac actione faceret ad venditoris cautionem. Duo sunt autem, quæ in hoc genere Paulus subiicit. Unum de his, quæ venditor consequi debeat; alterum de eo, quod hoc iudicio debeat præstare. Et quæ consequi debeat, hæc sunt; *non aliter*, inquit, *domino servi venditor ex empto tenetur, quam si ei pretium solidum, & quæcunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret*: idest, tu, qui hic servi dominus es, illi præstares. Quid est igitur, quod prius Iulianus dominum venditori solum de peculio teneri dixit, ut ille pretium solvat? nam qui tenetur de peculio, hactenus tenetur, quatenus in peculio est; ac si nihil sit, omnino non tenetur, tantum abest, ut teneatur in solidum. §. *præterea Inst. quod cum eo.* Et id tum fecit Iulianus, cum domi-

dominus nummos vindicaret emptionem servi sui improbans: invitus dominus ex facto servi in solidum teneri non debet. Nunc venditori solidi petitio datur adversus dominum, dum hic adversus venditorem
5 rem ea empto agit. Et merito: † qui enim ex contractu servi agit, hoc ipso contractum servi ratum habere intelligitur. *L. si servus alienus, infr. de fid.* Quippe contractus actionis caussa est: actio huius effectus. Non est effectus, nisi caussa prius posita: nec id quod sequitur, non posito eo quod antecedit. Ita qui ea emptione servi agit, prius hanc ipsam voluntate sua statuere iudicandus est. arg. in *L. illud, infr. de acq. her.* Hac probata perinde haberi debet, quasi dominus contraxisset. Videtur enim contrahere dominus, teneturque is in solidum, qui iubet servum contrahere; *L. 1. in pr. infr. quod iuss.* ac iubere intelligitur, qui quod a servo gestum est, ratum habet. *d. L. 1. §. si ratum.* Nisi quis dicat dominum hactenus emptionem probare, quatenus sibi expedit. Quod naturæ emptionis refragatur. Non est enim emptio nisi ex duorum consensu, emptoris & venditoris: ac si venditionem removeris, sustuleris etiam & emptionem; & contra. *L. 1. L. si id, §. 1. infr. de rescin. vend.* ut necesse sit, qui rem sibi velit emptam esse, idem & tanti emptam admittat, quanti est vendita. Inde est, ut quisquis ex contractu servi aut filiifamilias agens sibi solidum præstari postulat, eundem etiam placeat ex eodem contractu solidum præstare debere adversario, non peculio tenus. *L. si cum filiofam. infr. de comp. L. si servus, infr. de ed. ed.* Quod si dominus ex emptione servi ex empto agens, emptionem ratam
6 habere videtur; † dicemus non solum venditorem si secum agatur, exceptione consequi posse ne teneatur, seu ne damnetur actori, nisi is pretium & cætera quæ in iudicium venditi veniunt, offerat, ut hic scriptum est, quod & cæteris omnibus venditoribus tribuitur; *L. Iulianus, §. offerri, infr. de act. em.* sed etiam si forte nulla exceptione usus, rem venditam domino tradiderit, tamen exemplo aliorum venditorum habere eum ultro actionem ex vendito adversus dominum, ut superiora omnia sibi præstentur. Hoc enim consequens est, si emptione a domino probata perinde habeatur, quasi ille contraxisset. *d. L. Iulianus, §. ex vendito.* Id vero ita esse ante ostendimus. Ut autem in pretio & cæteris de quibus actum est, quæ venditori præstanda sunt, superius illud, quod diximus, in hac specie venditori tribuitur, si dominus ex empto agat; sic & in eo quod ab eo petitur, monet Paulus hoc illi tribuendum esse, ut si hominem emptum tradiderim bonæ fidei possessori (idest, mihi qui in proposita hypothesi dicor servum tuum bona fide emisse) nihil amplius quam actiones, quas adversus me habet, debeat tibi eidemque domino præstare; & si eas tibi cedere paratus sit, nihilominus tu illi solida omnia quæ diximus præstare debeas. Atqui ut venditor rem vendidit, non actionem: ita eum rem ipsam ex empto præstare oportet. *L. ex empto, infr. de act. empt.* Sed hoc ita est, nisi quid in re vendita sine dolo malo & culpa eius contigerit, cur eam habere desineret: quod enim ita accidit, in eo venditor securus est. *§. cum autem, Inst. de em. & vend.* Apparet autem in proposito id ei evenisse, cum iusto errore deceptus dum me dominum servi tui putat, quia eum pro meo possidebam, ideo hominem ab eo emptum mihi ut domino tradidit. Neque ideo ab hominis præstatione liberatus in totum liberatur. Non enim solum rem ipsam venditor præstare debet; sed etiam quæcunque ex ea re commoda ad eum pervenerunt. *d §. cum autem, Inst. de em. & vend.* Quo in numero sunt, si quæ ex re vendita, aut propter rem venditam natæ sint ei actiones. *L. Iulianus. §. Sed si quis, infr. de act. em.* Atque huius generis est in proposito indebiti condictio, quam ille adversus me ex eo nactus est, quia hominem mihi indebitum per errorem mihi solvit. Quamobrem hanc ex empto actione tibi præstare cogitur; sed solam. Quisquis enim idcirco tenetur, quia actionem habet, non habet necesse experiri cum suo debitore, ut ab eo rem consecutus tum deinde eam præstet creditori; sed actionem cedendo liberatur, *L. quod debetur, in fin. infr. de pecul.* Itaque recte supra dictum est, venditorem posse eum hominem, de quo quæritur, condicere bonæ fidei emptori. Potest enim, si velit; sed condicere non cogitur: ut qui condictione cedendo liberetur. Quamvis autem actionem solum cedat venditor, non hominem: nihilominus tamen solidum pretium & ea de quibus præstandis actum est, consequi debet. Amisso enim sine culpa venditoris vendito homine, quamvis eo amisso nihil supersit, quod præstetur; tamen placet perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset; cum & venditor liberetur, & emptori homo pereat. *L. cum emptor, §. 1. infr. de res. ven.* † Partibus responsi sigillatim exposi- 7
tis,

tis, licet iam brevibus summam complecti. Ea autem est: Homo a servo tuo emptus, qui tibi debebatur a venditore, non tibi traditus est, sed mihi, dum ego bona fide eum servum possideos, eius dominus esse existimor, atque ita homo in me voluntate venditoris translatus. Nummi quoque peculiares venditori a servo tuo numerati tibi absunt, qui tamen penes te manere debuerant. Quæritur de homine & de nummis, an possis utrumque persequi, & a quibus, & qua actione, tum quibus conditionibus. Ac de homine, placet te eum & a me petere posse, & a venditore. A me, negotiorum gestorum directa actione: quasi accipiendo quod tibi ex caussa ad te pertinente tradi debuit, ego negotium tuum gesserim, opinione quidem mea meum, re autem vera tuum. Quo fit, ut & possit idem homo a te mihi condici, ut hic scriptum est: in quo intelligi debet certi condictio: nam & hæc cum priore illa concurrit. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de iur.* & de ea peculiariter hoc titulo agi constat. *L. certi, supr. eod.* A venditore vero hunc ipsum petere potes actione ex empto: quæ ex contractu servi tui tibi primum quæsita non potuit tolli venditoris solutione: cum quod tibi debebat, mihi solverit, non tibi: idest, solverit alii quam creditori. Sic autem hæc via ad hominem consequendum tibi conducet, tametsi venditor eum hominem mihi traditum sine culpa sua possidere desiit. Aut enim ipse eum a me condicet, tanquam indebitum mihi solutum, ut sic a me receptum tibi tradat: aut si videtur, condictionem indebiti quam habet adversus me, tibi cedet, qua in eundem hominem a me consequare. Sed adversus utrum nostrum egeris superioribus actionibus, est etiam quod tu ab utroque pati debeas. Nam si mecum egeris, ego invicem tecum agere possum contraria negotiorum gestorum, ut mihi præstes, si quid mihi absit ex superiore emptione. Quod si cum venditore ex empto ages, & tu quoque hunc exitum patiere, ut & pretium & cætera, quæ iudicio venditi continentur, solida debeas illi præstare. Idem etiam condictionem indebiti adversus me tibi cedendo liberatur: ut hac oblata, non minus superiora illa a te consequi debeat. Hæc de homine. Quod ad peculiares nummos attinet, tu improbata servi tui emptione potes eos a venditore vindicare, ut qui tui manserint: cum servus tuus furtivus eorum alienationem non haberet. Sic tamen potes vindicare, si extant. Nam consumptos ideo non potes, quia consumpti sunt a bonæ fidei venditore, idest, eo, qui se eos nummos voluntate domini accipere existimaret: proinde ab eo, qui sine dolo malo desierit possidere. Sed & hac parte pro hoc incommodo vicissim venditori adversus te prospectum est: habet enim ille actionem de peculio, ut pretium solvas. Hac vero actione fit, ut ille nummorum peculiarium possessione excussus alia via pretium consequatur: nam & hi nummi in peculio sunt servi, nisi proponas peculium a domino fuisse revocatum sine dolo malo, prius quam de huius emptione cognosceret. Huic actioni tandiu locus erit, quandiu & tu nummos poteris vindicare, idest, quandiu nummi exstabunt: nummis consumptis, ut tibi vindicatio, sic venditori actio de peculio evanescit. Hic enim pretium petebatur: id venditori pro soluto haberi incipit, cum nummi ab illo ita sunt consumpti, ut iam illi auferri non possint.

Ad L.

Ad L. Si me & Titium. 32.

Celsus lib. 5. Digestorum.

Si [&] me & Titium mutuam pecuniam rogaveris: & ego meum debitorem tibi promittere iusserim: tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? subsisto: si quidem nullum negocium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi, (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest,) sed quia pecunia mea [quæ] ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum & æquum est.

S U M M A R I U M.

1 *Actio in proposito sic ex æquo & bono, ut sit ex caussis notis obligationis, idest, negotio gesto.*

Si iusserim debitorem meum tibi pecuniam solvere, ut eam tanquam a me creditam habeas, & ille tibi dederit: placet te mihi ea datione obligari, quasi pecuniam a me accepisses. *L. singularia, supr. eod.* Et hoc ita esse constat, si quidem ut a debitore meo accipias. Quid, si eodem exemplo manente, accipias quidem re vera a meo debitore pecuniam, non tamen ut a debitore meo, sed alterius? qui error contingere potest in hac specie. Fingamus te a me & Titio mutuam pecuniam rogavisse: iussisse me eum debitorem, qui meus erat, tibi promittere, ac per hoc tibi dare: te vero stipulatum, & sic deinde illum tibi dedisse; sed cum Titium quoque rogasses, putasse te eum a quo accipiebas, Titii debitorem esse. Tractatur hoc loco, an mihi obligeris? Movet, quod hic non sit mutuum. Etsi enim non minus hic verum est, te a me per debitorem meum pecuniam accepisse: tamen in illo errore non potuisti esse hoc animo, ut mihi obligareris, sed solum ut Titio. Ita deest ad obligationem consensus, sine quo mutui obligatio, aut alia ulla non contrahitur. *L. 1. §. 1. sup. de pact.* Mutui autem obligatione hic remota, quæ sit alia species obligationis, qua mihi tenearis, quæritur: non enim facile occurrit. Et fatetur Celsus in hac specie mihi adversus te actionem ex mutui caussa esse non posse; sed nihilominus te mihi teneri ait, quia bonum & æquum sit, eum pecunia mea ad te pervenerit, eam mihi a te reddi. † Sed hoc loco idem quærimus, quod supra in *L. si eum servum, eod.* Nam cum actio in personam sit ea, de qua nunc dicimus, & nulla oscatur actio, nisi ex quatuor illis caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: *§. 1. Inst de act.* omnino hoc statui oportet, ex qua earum caussarum hanc esse actionem velimus. Illis enim principiis positis, si tantum dicimus eam dari ex æquo & bono, parum proficimus: progredietur enim res longius, & quæretur, cur sit ex æquo & bono, seu ex qua caussa sit de his, quas diximus, ut secundum eas bonum & æquum sit eam dari. Ne multis morer, non difficile intellectu est, hic actionem esse ex negotio a me gesto. Gerit enim alienum negotium, quisquis aliquid in rem alterius utiliter impendit, eoque nomine actionem habet. *L. 2. supr. de neg. gest.* Id autem in proposito fecisse me perspicuum est, dum curavi, ut pecunia mea ad te perveniret. Quod si ita est: non est verum, quod hic quidam putant, non posse me directo pecuniam tibi condicere, quia tecum non contraxerim, sed solum mandatis a debitore meo actionibus. Negotium a me gestum satis est ad directam, certe ad propriam mihi actionem adversus te acquirendam: quam qui habet, alienas non desiderat. 1

Ad L.

Ad L. Principalibus. 33.

Modeſtinus libro 10. Pandectarum.

Principalibus conſtitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt, quive circa eos ſunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnuſve exerceant.

S U M M A R I A.

1. *Magiſtratibus Romanis quarum rerum commercia interdicta, & cur.*
2. *Mutuum dare iis interdictum, qui provincias regunt, & cur.*
3. *Exercere fœnus prohibitum rectoribus provinciarum, & quid ſit exercere, ac quamobrem prohibitum.*
4. *Interdicta eadem omnibus, qui officia adminiſtrant in provincia.*
5. *Magiſtratibus urbanis quid hic interdictum.*
6. *Interdicta eadem iis qui ſunt circa magiſtratus, & cur, & quinam hi ſint.*
7. *Magiſtratibus atque officiis temporalibus ſolum hæc interdicta, non perpetuis.*
8. *Adverſus eos qui contra fecerint, quæ ſit pœna.*
9. *Mutuo contra legem dato, pecuniam danti perire, & fiſco cedere.*

1 ROMANI dum volunt magiſtratus ſuos, & eos qui publico officio funguntur, in eo ſe incorrupte gerere, ut magiſtratum, & qui reipub. perſonam ſuſtinent, decet, itemque ab omnibus concuſſionibus & rapinis ſibi temperare: ſapienter caverunt, non ſolum, ne his quidquam a civibus & provincialibus extorquere liceret, ſed etiam ne liceret ab his quanvis volentibus donum & munus præter xenia & ea moderata accipere. *L. ſolent, §. ult. ſupr. de off proc* Quoque facilius id obtineretur a magiſtratibus, longius itum eſt. His enim conſtitutiones omnem acquirendi, & ad ſe aliena transferendi rationem, quamvis per ſe honeſtam, qua tamen aut rapinæ & concuſſiones aut munus tegi poſſet, interdixerunt. Ex quo genere ſunt ea, de quibus & hic & aliis quibuſdam locis cavetur. Primum hic ſcriptum eſt caveri conſtitutionibus, *ne negotientur*, quo verbo proprie prohibentur exercere mercaturam, id eſt, emere quod poſtea vendant, unde quæſtum faciant: id enim proprie negotiari ſignificat. Et hic quidem quæſtus magiſtratibus non convenit. Sed ut conveniant omnes aliæ emptiones, tamen nihilominus in totum emere prohibentur, etiam quod ſibi retineant, non tantum prædia, de quibus in *L. qui officii. infr. de contrah. empt.* ſed etiam res omnes quamvis mobiles. *L. non licet, infr. de contrah. empt. L. unica. C. de contract. iud.* Cur ergo interdicitur his tam ſevere, quod per ſe non eſt inhoneſtum? quia ſi emere illis permittatur, facile conſequentur vel propter poteſtatem, vel propter gratiam, ut aliena quam minimo emant, aut etiam gratis ad ſe transferant, ut deinde emptio ac iuſtum pretium ſimuletur, quod exiguum aut nullum intervenit. Tantum illis permittitur emere, ex rebus quidem mobilibus quod ad victum quotidianum ſuum & familiæ pertineat: *d. L. unica, C. de contract. iud. d. L. ſolent, in fin. ſupr. de off. proc.* ex rebus autem ſoli prædia paterna, quæ a fiſco diſtrahantur: *d. L. qui officii, infr. de contr. empt.* nam in illis neceſſitas, in his rerum conditio omnem turpem ſuſpicionem ab emente facile removet. Ex eadem re eſt, quod prohibentur magiſtratus in ea provincia, quam adminiſtrant, domum extruere, *d. L. unica, C. de contract. iud.* Nam extruentibus neceſſe eſt ea quæ ad extructionem pertinent, aut emere, aut ab aliis donata accipere: quorum utrumque iam illis interdictum eſſe diximus. Qua de cauſa non ſolum domum, ſed etiam navem in eadem provincia ædificare prohibentur. *L. aufertur, §. quod a præſide, infr. de iur. fiſ.* His finitimum eſt, quod qui in aliqua provincia officium adminiſtrant, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, præter quam ſi vetus ſponſa fuit, uxorem ducere prohibentur. Nam & per cauſſam nuptiarum non ſolum his facile eſt alienas mulieres ſuas facere; ſed etiam una cum his opimam dotem, atque adeo earum bona ad ſe domum ſevocare. † Huius generis ſunt & 2
illa duo, quæ hic ſequuntur, quæ ſola ad hunc tractatum proprie pertinent; ne qui provincias regunt, *mutuam pecuniam dent, fœnuſve exerceant.* Etſi enim in fœnore exercendo, id eſt, in pecunia mutuo danda, unde fœnus capias, ineſt turpis quæſtus, & indignus honeſtis viris, nedum magiſtra-

gistratu: in quo satis est caussæ ad hunc quæstum magistratibus interdicendum; tamen hic alius rei habitam esse rationem quam fœneris ex eo liquet, quod non solum prohibentur magistratus fœnus exercere, quod fit in *L. 3. C. eod.* sed etiam mutuam pecuniam dare, etiam sine fœnore, ut hic traditur: quod contra faciendum fuerat, si his fœnebris pecuniæ exercitio propter ipsum fœnus prohiberetur: sublata enim caussa turpitudinis, maneret honestum mutuum, quod illis permitti oporteret. Nunc autem, ut dixi, etiam mutuam pecuniam dare prohibentur: ut appareat in totum hic mutuum dare illis esse interdictum. Quod cur factum sit, merito dubitari potest. Et quidem prima fronte videri potest non tantum inique, sed etiam absurde constitui. Etenim si convenit homini, atque adeo iuxta Papiniani sententiam hominis interest hominem beneficio afficere: *L. servus ea lege, infr. de ser. exp.* quanto convenientius est homines potentes & in Republ. præstantes id facere? in quibus sunt magistratus provinciales. Proinde illis præcipue licere debet inopiam sublevare provincialium vel donando, vel mutuum dando. Ut donent, ab illis exigere, iniquum: ita illis alterum relinqui debuit, ut saltem his mutuum dare liceret. Denique si quid honeste fit, & liberaliter, id maxime decet magistratus: quare & mutuum gratis dare, quod totum beneficentiæ est & liberalitatis. Quæ hic ergo, inquam, interdicendi caussa, ne magistratus provinciales mutuam pecuniam dent? Nulla fuisset, si modo vere mutuum esset, quod mutuum dicitur, ac de vero mutuo superiora recte disputantur. Sed facile mutuum fingi potest, & hic titulus prætexi, ubi magistratus aliquid per concussionem aut vim extorserint, ut vel sibi caveretur, vel in se transferretur. Idcirco & mutuum dare quovis modo his est interdictum, non propter se; sed dum cavetur, ut omnia ansa præcidatur concussionibus & prædis atque avaritiæ magistratuum. Sed cum cavissent constitutiones, ne magistratus pecuniam mutuam dent, quid opus fuit addere, *fœnusve exerceant*: cum non exerceatur sine mutuo fœnus: mutuo autem generaliter prohibito, satis intelligatur omne mutuum prohiberi, & maxime id quo pecunia datur fœnori, quod est odiosius? *L. si servitus, supr. de servit. urb. præd.* Consulto posterius adiectum est, ut de duobus apertius caveretur, quorum alterum prioribus verbis non satis expressum, alterum etiam non contineri videbatur. Ait lex, Magistratus, *ne pecuniam mutuam dent*. Solum de mutuo hoc cautum, est nulla mentione facta usurarum. Dubitari potuit ex his verbis, num & tunc improbandum esset mutuum cum illi non simpliciter pecuniam mutuam dedissent, sed fœnori: quia fœnore accedente minor esset fraudis suspicio: persuasum autem esset constitutiones hanc fraudem prohibere voluisse. Hoc igitur illæ volunt intelligi, omne se mutuum improbare, quod a magistratibus profectum esset, sive gratuita esset pecunia, sive fœnebris. Deinde his verbis, *ne magistratus mutuam pecuniam dent*, solum cavetur de ipsis magistratibus, ut his verbis solum teneantur illi, vel qui dederunt ipsi, vel quorum nomine pecunia data sit, ut his actio acquiratur, quasi ipsi dedissent. † Quid ergo, si alii dent quam magistratus, & quidem suo nomine, atque ita ut his, qui dant, acquiratur inde actio, non magistratui? Quantumvis proponas hos a magistratu esse interpositos, qui pecunias vel elocarent, vel elocare se fingerent, ut fœnus, idest, fructus mutui ad magistratum rediret; non tamen hæc species prioribus verbis continebitur. Semper enim verum erit, magistratus ipsos mutuam pecuniam non dedisse, sed alios, quorum ea pecunia fuerat, & cum quibus solum re vera mutuum intercedit. Sed visum est non minus & hoc illis esse interdicendum: prope est enim, ut videantur dedisse, id, cuius fructus ad ipsos pertinet. Ergo ad hanc rem sequentia verba subiecta sunt, quibus commodissime id exprimitur, dum cavetur, ne magistratus *fœnus exerceant*: exercent enim, quocunque modo per caussam mutui fœnus ad eos redeat: sive dent ipsi pecuniam, sive adhibeant alios, quorum opera in pecuniis collocandis utantur. Sicuti dicitur navem exercere is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet: *§. eadem, Inst. quod cum eo, L. 1. §. exercitorem, infr. de exer.* Et hoc est, quod apertius scriptum est in *L. 3. C. eod.* eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas fœnus agitare posse. Interdictionis autem caussa hæc est, non solum quod cum per alios fœnus exercent, faciunt æque turpiter, atque si per se exercerent: sed etiam quod ad eos, quibus administris in hac re utuntur, mittere possunt eos, a quibus quid consequi volunt, cum quibus tamen mutui caussam interponere non possunt, atque hoc modo possunt concussiones, aut munera quæ sibi caveri volunt, tegere. Quibus superiora interdicta sint, videamus. Et hoc loco interdicuntur iis, *qui provincias regunt*.

Hi sunt præsides seu summi magistratus provinciarum. *L. 1. supr. de off. præs.*
4 Sed † interdictio patet latius. Generaliter enim ex aliis locis definiendum est, omnibus interdici, qui in provincia officia administrant, seu qui in publico aliquo officio sunt, in provincia *L. 3. C. eod. L. solent, §. ult. sup. de off. proc. L. qui officii, infr. de contrah. empt.* Quibus verbis continentur non solum magistratus alii, sed etiam omnes qui potestate, curatione, legatione, munere denique, ministeriove aliquo publico funguntur, ut indicat *L. 1. infr. de leg. Iul. rep.* Sed illud observatione dignum est, quod in omnibus his locis, quos modo indicavi, quibus huius interdictionis mentio est, non quibusvis magistratibus superiora interdicuntur, sed nominatim provincialibus, non omnibus, qui officia gerunt, sed nominatim qui sunt in provincia. Quid ergo, si sint magistra-
5 tus urbani, si urbana officia? † Et exstat constitutio Iustiniani *L. unica, C. de contract. iud.* qua & magistratibus urbanis eadem interdicuntur, itidem ut provincialibus; sed non eodem modo. Nam urbanis vult ad aliquem modum hæc esse concessa, ut emant, ut ædificent, ut donatum accipiant, nempe si a principe impetraverint. Et quamvis de donationibus nihil impetrarint; vult tamen eas confirmari, si post administrationem depositam vel donator scripto donationem ratam habuerit, vel quinquennii tempus præterierit sine ulla interpellatione eorum ad quos ea res pertinet. Provincialibus autem præcise illa interdicit, & quidem ita, ut nec rescripto principis impetrato velit ea licere, nec concedat facta vel consensu donatoris, vel tempore confirmari. Quod de donationibus constituit, & ad mutuam pecuniam transferendum est. Ideo enim prohibentur magistratus mutuam pecuniam dare, ne sub mutuæ pecuniæ prætextu donata, aut alioqui malis artibus extorta sibi caveant. Quod cum ita sit: non abs re est, quod cum de præcisa harum rerum prohibitione agitur, prohibitio confertur in eos, qui officia in provincia administrant: quandoquidem non eodem modo ista interdicuntur urbanis magistratibus; attamen & suo modo his sunt interdicta.
6 † Interdicuntur eadem & iis, qui sunt circa magistratus, & alios qui officia administrant, ut hic scriptum est. His verbis continentur duo, domestici & consiliarii magistratus. Nam & in inscriptione *tit. de contract. iud C.* leguntur hæc verba, *Qui circa eos sunt*: pro quibus lex subiecta posuit *domesticos & consiliarios.* in vers. extremo. Consiliarii sunt, magistratuum assessores, *L. pen. supr. de asses.* Domestici sunt, quos magistratus secum habet domi imperio suo subditos. In hoc numero sunt, qui dicuntur comites magistratuum in *L. senatusconsulto, supr. de off. præs.* quo nomine puto intelligi eos, quos secum habet comites honoris caussa; item uxor, liberi, liberti magistratus: postremo omnes quos secum habet, quorum opera & ministerio domi utitur vel ad res domesticas, vel ad munus obeundum. *L. qui iurisdictioni, supr. de iurisd.* Atque his quoque superiora interdicta sunt, quia & ipsi propter magistratum metuuntur, & quia magistratus per illos superiora facile administrare potest, ut sibi intimos ac veluti potestati suæ subiectos. Hæc autem magistratus facere prohibentur non tantum per se, sed etiam per interpositam personam. *L. 3. C. eod. L. non licet, infr. de contr. empt.* Quod tamen non eo spectat, ut velimus eos, qui circa magistratus sunt, non aliter prohiberi superiora facere, quam si nomine magistratuum ea faciant. Nam etsi constet eos illa exercere suo nomine, non eo minus facere prohibentur; satis est, quod magistratus illis administris uti potest: etiam hunc metum & periculum amoveri oportuit. Hæc ita supra scriptis personis interdicta sunt, ut nihil referat, iurisdictione præditæ sint, an non sint: solum enim officium publicum quærimus, & eos, qui circa eos sint, qui officia administrant:
† Sed intelligendum est constituta hæc 7
esse de magistratibus temporalibus, deque his qui officia temporalia administrant, ideo ad præsidis officiales, qui perpetui sunt, non pertinent, ut traditur in *L. præsidis, seq.* quod cuiusmodi sit, illic dicetur. † Superest, videamus, quæ sit hic 8
adversus eos, qui contra fecerint, pœna. Quod maxime propter pecunias ab his mutuo datas quærendum est, ut sciatur, quod de hoc genere hic cavetur, quid ad mutui obligationem, de qua agitur, pertineat. Et de muneribus, omnique pecunia, quam quis in magistratu, aut officio aliquo ceperit, lege Iulia repetundarum cautum est, & pœna ea lege constituta, *L. 1. L. 4. L. lex, §. ult. & L. ult. infr. de leg. Iul. rep.* De rebus autem quæ a supra scriptis personis emptæ sunt, pœnam hanc constitutam legimus: ut qui emerant vel per se, vel per suppositam personam, rem venditoribus reddant, quam illi infirmato contractu vindicare possunt, & nihilominus pretium retineatur a venditoribus: sic tamen ut æstimatio ea,

idest,

idest, pretium fisco inferatur. *L. aufertur*, *§. quod a præside*, *infr. de iur. fisc.* *L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Nec pœna maior est, nisi quis ex officio quod administrat, quid emerit, ut est in *L. non licet*, *infr. de cont. empt.* quo casu illic traditum est, eum qui emit, sive emerit per se, sive per aliam personam, in quadruplum conveniri, Intellige a fisco. Ex officio emere recte mihi interpretari videtur Bartolus ad *d. L. aufertur*, *§. quod a præside*, *infr. de iur. fisc.* ut sit emere id, quod ex auctoritate eius, qui officium administrat, distrahitur. Sic dictæ ex officio possessiones distractæ, ut sit per officium, seu officiales, qui rebus auctoritate publica vendendis præsunt, in *L. 2. C. de fid. & iur. has. fisc. lib.* 10. Neque tamen distinguemus, ut illc fecit, utrum hic palam & bona fide emat quis, nec ne. Tutoribus enim concessum est ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, quidvis emere, dum palam & bona fide id faciant. *L. cum ipse*, *C. de cont. empt.* Magistratus & ii qui officia administrant, in totum emere prohibentur, quovis modo id faciant. *L. 1. C. de contract. iud* Rebus a magistratu ædificatis veluti ædibus, aut nave, nullam pœnam nominatim indictam legimus. Sed quæ sit, partim ex superioribus, partim ex genere prohibitionis colligi potest. Si ergo magistratus aream emit, in qua deinde ædificavit; primam in area pœnam de rebus emptis supra constitutam hic servabimus, ut infirmato nimirum contractu hæc venditori reddatur, quam & ille iure suo potest vindicare. *d. L. aufertur*, *§. quod a præside*, *de iur. fisc. L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Hæc vero una ædificium secum trahet: hoc enim cedit solo, & utrumque ad dominum areæ pertinet. *L. 2. L. si in area*, *C. de rei vind.* Totius autem rei, idest, areæ & ædificii æstimatio fisco inferetur, ut fieret, si sola area esset restituta. *d. L. aufertur*, *§. quod a præside*, Ne scilicet commodum huius venditionis, quam lex Reipublicæ caussa improbat, ad privatum venditorem redeat, videaturque pœna, quæ utilitatis publicæ caussa constituta est, venditoris caussa constituta esse, non Reipub. Quod si in area quam prius iure habuit, magistratus ædificavit ita, ut nullius alterius ædificium esse possit, quam illius; item si navem sibi ædificandam curavit: puto, quia lex ædificationem prohibendo, simul etiam eius ædificii acquisitionem inhibet, *L. non dubium*, *C. de legib.* potestate legis rem eo deduci, ut ædificium vacet, hac ratione

evenire, ut & fisco vindicetur, ut fit in omnibus bonis vacantibus. *L. 1. & tot. tit. C. de bo. vac. lib.* 11. Nuptiis ab his, qui officia administrant contra quam supra scriptum est, in provincia contractis, non solum hæc pœna est, ut nuptiæ pro non contractis habeantur, quæ omnium eorum, quæ contra leges contrahuntur, communis pœna est; *L. non dubium*, *C. de legib.* sed etiam si dos data sit, fit caduca, ut significatur in *d. L. si quis officium*, *§. 1. infr. de iur. fisc.* † Quid 9 iam fiet, si magistratus, & qui supra comprehensi sunt, pecuniam mutuam contra constitutiones dederint de quo præcipue hic quærimus? Hoc quidem constat, & superioribus consequens est, eum qui accepit, danti non teneri: non dico ex caussa mutui, quod nullum est; sed nec ex ulla alia caussa: & omnino ex ea datione nullam esse obligationem, perindeque haberi id factum, quasi omnino non intervenisset: usque adeo ut nec iureiurando confirmetur, quia lege prohibente contractum est, ut est constitutum *d. L. non dubium*, *C. de legib.* Ita si pecunia debitori vere numerata erit, eam certum est magistratui & cæteris qui eam dederunt, periisse. Sed pecunia cuius commodo cedet? manebitne penes debitorem, an eam fisco restituere cogetur? Et dum debitor nullum damnum sentiat, puto in hac pecunia exemplum pretii rei præsidi venditæ sequendum. Ut igitur re empta a præside, venditor rem suam recipit, sed dum eam habeat, æstimatio fisco infertur, ne ex alieni delicti pœna quam Reipub. pendi oportuit, venditor lucrum faciat: *d. L. aufertur*. *§. quod a præside. de iur. fisc.* ita consentaneum est, si pecunia debitori data sit, dum nihil ei absit amplius, sic eam præsidi danti amitti, ut tamen lucro fisci cedat, non debitoris. Sed fieri potest, ut pecunia data non sit, quam debitor se accepisse confitetur; sed solum titulus mutui quæsitus sit, quo vel donum, vel concussio aliqua, aut præda magistratus tegeretur. Quare si debitor negabit sibi numeratam, intra biennium quidem iure communi tutus est, opposita exceptione pecuniæ non numeratæ: nisi fiscus petitor probet pecuniam esse numeratam. *L. 3. C. de non num pec. Inst. de lit. obl.* Post biennium autem amissa exceptione non aliter audiendus est, quam si doceat sibi pecuniam numeratam non esse, sed aliud gestum esse, & aliud simulatum. Cæterum si hoc probat, iniuriam pati non debet. Inest quidem in aliis mutuis, & aliis literis post biennium litera-

rum obligatio, quæ exinde omnino debitorem tenet. *d. tit. Inst. de lit. obl.* Sed hanc in proposito metuere non debemus, postquam lex totum hunc contractum, & obligationem quæ inde nasci potest, infirmat. Et vero publice expedit eiusmodi probationem quandoque admitti, ut magistratuum sordes, & rapinæ detegantur. *L. eum qui nocentem infr. de iniur.* Facit hoc etiam ad magistratus ab huiusmodi sordibus magis deterrendos. Ex quo apparet esse hoc quoque ex sententia constitutionum, ut fiat: quando in mutuo prohibendo his propositum est efficere, ut magistratus ab omni sorde abstineant. *L. eadem, in fin. infr. de leg. Iul. rep.* His expositis, quando de mutui obligatione hoc titulo agitur, habemus hic species, in quibus regula iuris de ea obligatione locum non habet. Regulariter definitur mutui datione obligationem re contrahi inter dantem & accipientem, & hinc nasci certi condictionem. *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* Hoc ita est, nisi sint, qui dare iure prohibeantur. Prohibentur autem hi, de quibus hic cautum est, quamvis alioqui omnibus rebus præditi sint, quas mutuum desiderat, idest, & consensu, & rerum suarum alienandarum potestate.

Ad L. Præsidis. 34.

Paulus lib. 2. Sententiarum.

Præsidis provinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere possunt. Præses provinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.

SUMMARIA.

1. *Magistratibus & officiis perpetuis superiore non esse interdicta, & cur.*
2. *Magistratus pecuniam mutuam dare prohibentur, non accipere.*
3. L. Quisquis, C. si cert. pet. *explicatur.*

1 QUÆ proximo capite magistratibus, & his qui in provincia officium administrant, prohibita esse diximus, inter cætera, ne pecuniam dent, fœnusve exerceant: etsi ita erant prohibita constitutionibus, ut in his nihil adderetur nominatim de magistratibus & officiis, quo temporalia a perpetuis distinguerentur: tamen id ex eo satis intelligebatur, quod constabat eas constitutiones cavere de magistratibus & officiis Romanis, seu Pop. Romani, quæ in provincia administrabantur. Erant enim populi Romani magistratus, & officia temporalia, utpote fere annua. Atque hinc etiam intellectum est eas constitutiones ad officiales perpetuos, quales sunt non populi Romani, sed præsidis officiales, non pertinere: itaque non prohiberi eos mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere, quod hic traditur: idemque & ad cæteras res, quas prohibitas esse diximus, referendum est. Et merito hæc perpetuis officialibus non sunt interdicta: alioqui enim eveniret, ut quoniam hi perpetui sunt, simul perpetuo prohiberentur emere, aut pecuniam locando sibi quid acquirere: quod nihil aliud esset, nisi his interdicere commercio, atque adeo civem in civium numero non habere. Temporales magistratus & reliqui officiales huiusmodi, moram exigui temporis facile ferre possunt: idque ex eo æquius est, quod magnum damnum non est in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de iud.* De officialibus tantum præsidis hic dictum est, eos mutuam pecuniam dare posse, & fœnebrem exercere, non de aliis. Sed cum ratio addita sit, quia perpetui sunt: idem & in magistratibus ipsis recipiemus, si qui dentur perpetui, quales in maxima parte Europæ fere esse hodie videmus: nam & ad eos illa altera ratio, quam paulo ante reddidi, pertinet. Quod de personis officialium dictum est, eos qui superioribus constitutionibus non prohibentur, posse dare pecuniam mutuam & fœnus exercere, tantum ob id quia non prohibentur: hoc idem & de rebus prohibitis vult Paulus intelligi: ut quæ res superioribus constitutionibus non interdicuntur ipsis magistratibus, eas illi suo iure exercere possint, eadem illa ratione: quia non prohibentur. † Et hoc est quod subiicit, præsidem provinciæ mutuam pecuniam etiam fœnebrem sumere non prohiberi: quippe dare prohibe- 2

hibetur. Longe autem aliam vim habet dare, aliam sumere. Dando sibi obligationem acquirit, quo prætextu multa ad se cum aliena iniuria transferre potest. Sumendo se aliis obligat, in quo & res suas minuit, & alios auget, certe eo facto alios lædere non potest. Hac ratione dictum est, cum is qui in provincia officium administrat, prohiberetur inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere, non prohiberi eum in ea provincia filias suas in matrimonium collocare, & dotem constituere. *L. si quis officium*, *§. ult. infr. de rit. nupt.* † Sed quod dicitur præsidem provinciæ & eos omnino, qui in provincia administrant, mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohiberi, videndum, num ei contraria sit *L. quisquis C. eod.* ubi non solum vetatur quis fœnebrem pecuniam mutuare iudici, sed & iudex mutuam accipere, & utrique si contra fecerit, pœna exsilii denunciatur. Etiam præses & omnes omnino, qui tribunali præsunt, iudices vocantur. *L. 1. supr. de iud. L. qui restituere, supr. de rei vind. tit. de reb. auct. iud. poss. infr.* Et nihil hic contrarium est, si superior constitutio recte intelligitur. Habet autem hanc sententiam, non ut omnes omnino prohibeantur pecuniam fœnebrem mutuare ei, qui officio iudex est; sed ut prohibeatur is solum, qui apud eum iudicem litigat. Ratio constitutionis id declarat: quippe quæ ad eos tantum refertur, qui leges & iudicium redimere pecunia tentarunt: a qua suspicione longe abest is, ad quem iudicium nihil pertinet. Verba quidem constitutionis prima fronte refragari videntur: sunt enim hæc; *quisquis mutuaverit, pœna exsilii plectetur*. Sed quod additur, *iudici*, verbum *quisquis* alioqui universale ad certam speciem personarum revocare intelligitur, nempe ut significetur quisquis litigator. Nemo enim recte dici potest pecuniam iudici dedisse, nisi qui dedit ut iudici. Is autem dedit ut iudici, qui eum cui dedit, sibi habuit iudicem. Quod si quis nihil rei habens cum foro pecuniam iudici dedit, non alio loco id habendum est, quam si dedisset cuivis extraneo, qui iudex non est. Hoc intellecto, bene inter ista convenit. Præses ut præses, seu dum nihil aliud impediat, quam quod est præses, pecuniam mutuam sumere non probibetur; præses ut iudex sumere prohibetur. Prius ita fit, si ab alio quovis accipiat, quam qui apud eum litiget: posterius ita, si iudicio apud se constituto sumat a litigatore.

Ad L. Periculum. 35.

Modestinus lib. 3. Responsorum.

Periculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.

S U M M A R I U M.

1. *Procuratores, tutores, actores municipum, qui nomina minus idonea fieri passi sunt, quam culpam in eo præstent.*

Nomina in usu iuris debita dici constat. *L. nomen*, *L. qui chirographum*, *infr. de leg.* 3. † Hi quorum cul-
1 pa nomen deterius fit, sunt ii, qui rerum alienarum administrationem sustinent, & debitores domini convenire possunt: quo in numero sunt tutores, & curatores, procuratores, actores civitatis. Tutorem & curatorem pro domino rem in iudicium deducere posse convenit. *L. tutor ad* 22. *L. vulgo*, *seq. infr. de adm. tut.* Idem possunt & actores civitatis, *L.* 1. *§.* 1. *supr. quod cuiusf. uni. no.* Idem maxime possunt procuratores propter domini mandatum. *L. maritus*, *C. de proc.* Fit istorum culpa nomen deterius, cum initio susceptæ administrationis debitores solvendo fuerunt: deinde dum eos non conveniunt, nomina fiunt minus idonea, seu debitores solvendo esse desinunt. Hoc cum fit istorum culpa, periculum nominum ad eos pertinet, ut hic scriptum est: quod declaratur in persona tutorum & curatorum in *L.* 2. *C. arb. tut.* Quo exemplo idem ad actores civitatis & procuratores transferendum est. Ut enim tutores & curatores culpam in administratione præstare debent: *L. quidquid*, *C. arb. tut.* ita & procuratores. *L. a procuratore*, *C. mand.* Tantum inter istos hoc interest, quod tutores, curatoresve, & qui necessitate muneris coacti res alienas gerunt, hoc tantum

tum nomine tenentur, si culpa eorum lata debitores solvendo esse desierint, dum scilicet suos convenerunt, idem circa pupilli debitores omiserunt. *d. L.* 3. *C. arb. tut. L. chirographis, infr. de admin. tut.* Procuratores autem etiam negligentiam suam quamvis levem præstant *d. L. a procuratore, L. procuratorem, C. mand.* Nam quod in *L. quidquid, C. arb. tut.* dicitur, omnem culpam etiam levem a tutore præstari: levem illic accipere debemus, quæ in faciando sit, non in negligendo. Hoc enim exigitur a tutore, ut omne factum suum præstet pupillo, ubi quid aggressus est, quod facere non debuit, sicuti & a socio. *L. & quidquid, L. de illo, infr. pro soc.* Cæterum culpam quæ in negligendo sit, non præstat. Certi enim iuris est a tutore non maiorem diligentiam exigi in administratione tutelæ, quam quantam rebus suis solet adhibere. *L.* 1. *in pr. infr. de tut. & rat. dist.* Et merito: esset enim valde iniuriosum plus ab invito exigere: constat autem munus tutelæ invitis imponi. Non idem dici potest de procuratore, qui & volens procurationem suscipit, & suscipiendo ultro de sua diligentia polliceri intelligitur.

Ad L. Pecuniam. 36.

Iabolenus libro 1. Epistolarum.

Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promisisti Attio sub conditione. Cum pendente conditione, in eo statu sit obligatio tua adversum me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisses, si pendente conditione petam, an nihil acturus sim? Respondit: Non dubito, quin ea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum: etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit: credita esse permaneat. Perinde est enim ac si nulla stipulatio intervenisset. Pendente autem caussa conditionis, idem petere non possum: Quoniam cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

SUMMARIA.

1. *Pendente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore stipulatione quamvis initio pura agi non potest.*
2. *Liberatus novatione sub conditione, sub contraria conditione ex priore caussa obligari intelligitur: aliter si per exceptionem liberetur sub conditione.*
3. *Novatio in proposito unde colligatur.*

QUod mihi pure debes, id a te confestim possum petere, *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Id si mandatu meo novandi animo promittas Attio sub conditione, si navis ex Asia venerit: exsistente quidem conditione novatio fit prioris obligationis, ut eodem tempore & libereris a me, & soli Attio incipias teneri. Conditione autem deficiente, nulla novatio est: quæ res facit, ut quemadmodum prius, sic nunc quoque mihi teneare, *§. præterea, vers. quod autem, Inst quib. mo tol. obl* Id autem significat ratio hoc loco subiecta in *vers. respondit.* cum ita dicitur: *deficiente conditione perinde esse, ac si posterior stipulatio nulla intervenisset:* hac enim non interveniente, non est ulla posterior stipulatio, in quam prior possit transferri, ac proinde nulla novatio. *L.* 1. *infr. de novat.* Quod si nulla hic novatio est, necesse est priorem obligationem in suo statu manere. Idem est, etsi adhuc pendeat conditio posterioris obligationis. Hæc usque adhuc certi iuris sunt omnia ex *d. §. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl* † Hinc 1
quæsitum, quod hoc loco tractatur in specie proposita: Cum pendente conditione posterioris stipulationis novatio præcedentis obligationis non fiat, an ex priore stipulatione pura possim tecum agere. Quod superioribus consequens esse quis dixerit. Nam si prioris obligationis novatio interim facta non est, quid aliud videtur dici posse, quam obligationem quæ novata non est, in eo statu, quo ab initio fuit, mansisse? fuit autem pura ab initio, & ex ea tecum confestim agere potui: quo fit, ut etiam nunc tecum agere possim, quamvis pen-

pendente conditione. Hic Iabolenus pendente quidem conditione posterioris stipulationis, novationem prioris obligationis non fieri fatetur: sed interim ex priore stipulatione agi posse negat: hac ratione, quia licet non sit novata, tamen conditionalis & ipsa esse cœperit. Id indicat in extremo, cum ait, incertum esse cœpisse, an ex priore stipulatione deberi possit. Cur enim incertum? nempe quia videatur sub contraria conditione concepta esse prior stipulatio, si navis ex Asia non venerit: ut si agam prius quam ea conditio exstiteret, ante tempus agere videar. At quomodo prior stipulatio conditionalis videri potest, quam pure ab initio conceptam, nec verbis postea mutatam esse constat? Id efficit posterior stipulatio conditionalis: hæc enim sub conditione interposita, si navis ex Asia venerit, id præstat, ut si navis venerit ex Asia, quemadmodum ex posteriore stipulatione debiturus es, ita ex priore iam non debeas. Hanc enim vim habet novatio, ut prior tollatur, translata in posteriorem. *L. 1. infr. de novat. §. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Sic fit, ut pendente conditione posterioris stipulationis, incipias ex priore liberari, seu non debere sub eadem illa conditione, si navis ex Asia venerit. Quod si ex priore stipulatione non debes hac conditione, si navis ex Asia venerit: consequens est te ex hac ipsa stipulatione sub contraria conditione incipere debere, si navis ex Asia non venerit. Quod enim in legatis dicitur, valet non minus & in hac specie. Si quod pure legatum est, sub conditione adimatur, transferaturve: hoc ipso legatum sub contraria conditione datum intelligitur, ut quod prius purum erat, conditionali ademptione incipiat & ipsum esse conditionale. *L. aliquando, infr. de cond. & dem.* Similiter & quæ stipulatio pura erat, si sub conditione translata & quasi novatione adempta sit, eam sub contraria conditione constitutam esse intelligendum est. Quod si ita est: verum est, quod Iabolenus respondet, quandiu incertum est, an posterioris stipulationis conditio exsistat necne, tandiu nec ex priore agi posse. Quid ergo si agatur? ante tempus, inquit, agere videor. Pœna indicatur in §. *hodie, Inst. de exc.* & §. *sed hæc quidem antea, Inst. de act.* de qua dicere non magis ad hunc locum, quam ad quamvis aliam obligationem conditionalem pertinet. Est igitur summa sententia responsi: stipulationem conditionalem novandi animo interpositam, etsi pendente conditione priorem obligationem non novat, tamen hanc vim habere, ut eam cuius novandæ caussa interposita est, suspendat: hinc evenire, ut pendente conditione non magis ex priore agi possit, quam ex posteriore. Non debet nos movere, quod diximus pendente conditione novationem non fieri. Hoc enim sic accipi debet, ut non statim fiat, & absolute: cæterum sub conditione eam fieri verum est. *L. quoties, infr. de novat.* † Hoc 2
eam vim habet, ut quemadmodum sub ea conditione prior obligatio tollitur, ita intelligatur vice versa hæc ipsa obligatio sub contraria conditione constitui: ut dicendum sit, posteriore stipulatione conditionali novandi animo interposita, priorem obligationem in totum sublatam non esse; at ita mutatum esse eius obligationis statum, ut quæ prius pura erat, eodem modo incipiat esse conditionalis, contraria tamen conditione. Cum autem novationis sub conditione interpositæ vim hanc esse dicimus, apparet hoc dicere nos, vim eam esse liberationis sub conditione debitori tributæ: est enim novatio iustæ liberationis species, §. *præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Quod & verum est. Sed ad eas liberationes quæ ipso iure debitorem liberant, solum pertinet, qualis est novatio, de qua hic agitur, ut mox ostendam: ad eas liberationes, quæ iure ipso non liberant debitorem, sed solum per exceptionem, non pertinet. Idque ius expositum habemus in *L. pure, in pr. infr. de dol. mal exc.* in hac specie: Pure mihi debes decem: ea tibi sub conditione legavi: in quo legato inest liberatio sub conditione legata. Num ergo hac liberatione conditionali secuta, fit, ut quod pure prius debebas, incipias iam sub contraria conditione debere, ut pendente adhuc conditione conveniri non possis? Imo placet heredem interim a te petere posse, nec doli exceptionem illi obstaturam: tantumque hoc exigi ab herede, ut legati huius conditionalis nomine tibi caveat. Cur ergo dissimiliter, si a me liberatus esses novatione sub eadem conditione? Ratio ex genere & dissimilitudine utriusque liberationis intelligitur. Novatio exsistente conditione posterioris liberationis iure ipso te liberat: §. *præterea*, liberatio legata non nisi per exceptionem, prius quam ultro ab herede liberatus sis per acceptilationem. *L. 3. §. nunc de effectu, infr. de lib. leg.* Hinc quid agatur, apparet, unde & differentiæ ratio nascitur. Si novationis hæc natura est, ut exsistente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore obligatione nihil debeatur, quasi ea iam a principio sit sublata; persi-

perspicuum est id agi, ut nec pendente
conditione aliquid ex priore obligatione
petatur. Quoniam fieri potest, ut condi-
tio posterioris stipulationis exsistat: qua
exsistente fit aperte contra conventionem,
si prius invitus debitor quid præstiterit,
cum id ageretur, ut retroversus esset li-
beratus. Nec ad rem pertinet, quod po-
test conditio non existere. Nam cum pos-
sit etiam exsistere: in hoc incerto perin-
de debitor tuendus est, ac si nihil debe-
ret. *L. sufficit, infr. de cond. ind* Quod
si liberationis conditionalis hæc natura est,
ut quamvis conditio eius extiterit, tamen
non liberetur debitor ipso iure, sed iure
civili adhuc pecunia debeatur, & peti pos-
sit, ut fit, cum quis solum habet exce-
ptionem, *Inst. de excep.* idque ipsum se-
cundum naturam liberationis agi intelligi-
tur: quanto magis natura liberationis &
conventio facere intelligitur, ut pendente
adhuc conditione pecunia peti possit? Ab-
surdum sit enim & contra manifestam sen-
tentiam eius, qui in debitorem quid col-
latum voluit, quod exsistente conditione
liberationis illi non tribueretur, id pen-
dente adhuc conditione illi tribui. Sed
cur pendente conditione debitori non da-
tur exceptio, quæ conditione liberationis
impleta illi daretur? quia res non patitur,
ut ea exceptione utatur, quam non ha-
bet: nec vero pendente conditione eam
habere potest, quæ nondum nata est. Re-
pugnat etiam conventio, quominus fu-
tura exceptione ante eventum conditionis
utatur: cum ideo dies incertus adiectus
sit, ut in eum diem exceptio differretur.
Enimvero cur & nondum nata exce-
ptione non perinde differtur petitio, quasi
exceptio iam nata esset, propterea quod
eveniente conditione nasci potest: quem-
admodum & nondum nata liberatione, per
novationem perinde petitionem differri di-
cimus, ac si iam liberatio nata esset pro-
pter incertum eventum conditionis? Quia
existens posterioris stipulationis conditio
facit, ut perinde habeatur, ac si illo tem-
pore, quo stipulatio interposita est, sine
conditione facta esset. *L. potior, infr.
qui pot. in pig.* Unde hæc constituta si
novandi animo interposita est, sic novatio-
nis iure & voluntate contrahentium prio-
rem obligationem tollit, ut eam iam a prin-
cipio ex quo interposita est, non patiatur
valere. Secundum quam conventionem est,
ne debitor pendente novationis conditione
cogatur ex priore obligatione solvere: quia
alioqui futurum sit, ut si quandoque con-
ditio extitat, id solverit, quod ex eventu
appareat illum retro non debuisse. At cum
liberatio nihil nisi exceptionem adfert: ni-
hil prohibet, quominus exsistente eius li-
berationis conditione obligatio prior usque
ad illud tempus, quo exceptio nata est,
recte consistat, & exinde solum exceptio
locum habeat. Conditio autem huic libe-
rationi adiecta ostendit, ut id natura re-
rum fieri potest, ita id ipsum actum esse,
ut fieret: cum exceptio per conditionem
sit in illud tempus, quo conditio exsiste-
ret, a creditore dilata. Itaque creditor pen-
dente conditione huius liberationis ita re-
cte aget, ut nec cogendus sit debitori ca-
vere se pecuniam redditurum, si libera-
tionis conditio extiterit. Quod enim hæc
cautio ab herede in superiore specie exi-
gitur in *d. L. pure, de dol exc* propter
legatum receptum est: quo in genere le-
gatariis & fideicommissariis legatorum seu
fideicommissorum nomine heres satisdare
debet ex edicto. *L. 1 infr ut leg. seu
fid. nom. caveat.* Quæ satisdatio non item
ab eo creditore exigatur, qui pactus sit,
ne a debitore suo petat si navis ex Asia
venerit, & dum pendet, an conditio ex-
sistat, id petat, quod ex obligatione pure
debebatur. † Sed quoniam novationis men- 3
tionem sæpe antea fecimus, & in ea ra-
tionem huius responsi posuimus: illud mo-
nendi sumus, quod in proposita specie di-
citur, te quod mihi pure debebas, pro-
misisse Attio sub conditione: intelligi de-
bere factum a te esse novandi animo, ut
& facti speciem supra proposuimus. Nam
ni ita promisisses, maneret utraque obli-
gatio, nec prohiberer ex priore stipulatione
quandocunque visum esset, tecum agere,
sive posterioris stipulationis conditio exti-
tisset, sive non extitisset. *L. ult. C. de
nova. d. §. præterea, in fin. quib. mod.
tol. obl.* Nec quem moverit, quod de no-
vandi animo nihil hic exprimitur. Species
enim proposita ex sententia auctoris acci-
pienda est. Iabolenum autem de posteriore
stipulatione novandi animo interposita sen-
sisse ex eo intelligimus, quod proponit
novam personam intervenisse, cui pro-
mitteres. Novæ personæ interventu nova-
tionem fieri veteres credebant. *d. § præ-
terea*, Iustinianus postea aliter constituit.
d. L. ult C. de novat. Sed hoc non fa-
cit, quominus verum sit Iabolenum, quo
tempore scripsit, sub commemoratione
novæ personæ intervenientis de novandi
animo cogitasse. Novandi ergo animum
ille desideravit, id & nos retinebimus.
Cæterum si quæretur, quo modo hic ani-
mus declaretur, in eo Iustiniani constitu-
tionem sequemur, & te oportebit ita pro-
mittere Attio, ut nominatim dicatur id
fieri animo novandi. *Ad L.*

Ad L. Cum ad præſens. 37.

Papinianus lib. 1. Definitionum.

Cum ad præſens tempus conditio confertur, ſtipulatio non ſuſpenditur: etſi conditio vera ſit, ſtipulatio tenet: quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti: ſi Rex Parthorum vivit, centum [millia] dare ſpondes? Eadem ſunt, & cum in præteritum conditio confertur.

Ad L. Reſpiciendum. 38.

Scævola lib. 1. Quæſtionum.

Reſpiciendum enim eſſe, an quantum in natura hominum ſit, poſſit ſciri eam debitum iri.

Ad L. Itaque. 39.

Papinianus lib. 1. Definitionum.

Itaque tunc poteſtatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.

S U M M A R I A.

1. *Conditiones in præſens aut præteritum concepta non proprie conditiones, cur, & quam vim habeant.*
2. L. ſed etſi non, ſ. ult. D. de iud. & L. cum quidam, ſ. ſuum, D. de acq. her. *explicantur, & ambæ inter ſe ac cum hoc* loco *conciliantur.*
3. *Conditiones in præſens aut præteritum, quid proſit noſſe non eſſe conditiones, & cum non ſint, cur vocentur.*

QUod dicitur in *L. certi, ſupr.* condici non poſſe, ſi quid debeatur in diem, aut ſub conditione. Quod item dicitur in *L. omnia, & L. proinde, ſeq. ſupr.* mutui obligationem conditione ſuſpendi poſſe. Poſtremo quod in *L. pecuniam*, proxima dicitur, novatione ſub conditione interpoſita, priorem obligationem ſuſpendi: in his omnibus & ſimilibus locis, hic admonemur conditionis verbo accipiendas eſſe eas conditiones, quæ in futurum conferuntur, quæ vere con-
1 ditiones ſunt; † eas autem quæ in præſens aut præteritum conferuntur, hoc verbo non contineri: quippe has conditiones non eſſe. Veluti, ſi Titius conſul factus fuit; vel, ſi Mævius vivit, dare ſpondes? Ad id ſignificandum ſpectat, quod hic dicitur, his conditionibus ſtipulationem ſeu obligationem non ſuſpendi, ut & in *L. conditio, infr. de verb. obl. & ſ. conditiones, Inſt. de verb. obl.* Eſt enim hoc proprium conditionis, rem in aliquem caſum deferre. *ſ. ſub conditione, Inſt. de verb. obl.* His autem conditionibus rem non ſuſpendi, ex effectis ſingularum demonſtratur & hic, & in *d ſ. conditiones:* item in *d. L. conditio, infr. de verb. obl.* Species conditionum huius generis hæ ſunt. Aut enim falſæ ſunt, aut veræ: nam de præteritis & præſentibus factis ita loquuntur veteres, & omnino ita loqui oportet. Effectus hic. Nam ſi falſæ ſunt, ſtatim infirmant obligationem; ſi veræ, ſtatim promiſſum debetur: ut dicendum ſit ex his conditionibus aut ſtatim nullam eſſe obligationem, aut ſtatim eſſe aliquam: quæ res oſtendit hic rem non differri. Si conditio falſa eſt: ſtatim perimi & infirmari obligationem ſcriptum eſt in *d. L. conditio, de verb. obl. & d. ſ. conditiones*. Pro eo quod eſt, ſtatim nihil valere ſtipulationem, ſeu obligationem non tenere. *d. ſ. conditiones*. Quod abuſive dictum eſſe conſtat. Nam ſi rem ſpectamus, falſum eſt: cum non poſſit perimi obligatio, quæ nulla eſt. *L. 5. infr. de ini. rup.* Sed cum ignorantia noſtra ſpectatur, videtur obligatio ſuſpendi, quia apud nos in ſuſpenſo eſt, utrum condi-

tio exstiterit, necne. Cuius ipsius ignorantiae habita ratione dicitur obligatio perimi, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam. Est igitur hic sensus: cum quid promissum est hac conditione, si Titius consul factus fuit: si quidem ille consul factus non est, statim nulla est obligatio; si factus est, statim quod promissum est, debetur. Quaesitum est, an haec ita sint; etiam si Titium consulem factum esse aut non esse: & in universum an haec ita sint, etsi huiusmodi conditiones exstitisse aut non exstitisse ignoremus. Et placuit ignorantiam nostram non esse spectandam, sed rei & naturae veritatem, si modo in hominum natura id sciri potest. *L. respiciendum, seq.* eiusque rei haec ratio redditur in *d. §. conditiones, Inst. de ver. obl.* quia quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. Recte utrumque. Videndum est enim quid sit in conditione obligationis. Hoc si extitit; obligationem natam; si defecit, obligationis spem praecisam esse necesse est. *L. stipulatio ista, § alteri, infr. de ver. obl.* Atqui haec erat conditio, non si Titium consulem factum sciremus, sed si Titius consul factus esset. Ac Titium iam consulem factum esse ponimus: de quo si nunc dubitamus, tamen id ita factum esse, postea constitit. Id si ita est, sine dubio extitit conditio: non enim eo minus verum est illum consulem esse factum,
2 quia id factum ignoremus. † Sed videndum est, ne sit his contraria sententia, quae legitur in *L. sed etsi restituatur, §. ult. supr. de iud.* Paterfamilias mortuus est, relicto uno filio & uxore praegnante. Filius a debitoribus partem dimidiam crediti petit: quod facere potest, si unus filius tantum est in utero uxoris defuncti. Quaeritur, an recte petat. Negat Paulus recte petere, quia plures nasci possunt. Quid tamen, si petierit, & postea unus filius natus sit: an non petitio confirmabitur, quia nunc ex eventu sciri coeperit unum tantum in utero fuisse, ideoque vere ad superstitem filium dimidiam partem crediti pertinuisse? Et placet non ideo dimidiam recte petiam, quamvis postea unus natus sit; cum potuerint plures nasci, etiam tunc cum per rerum naturam certum fuit unum nasci. Et additur ratio pene conceptis verbis superiori sententiae contraria; non enim naturam rerum intuendam esse; sed nostram inscientiam inspici debere: cum prius utrumque contra dixerimus, & quod in rerum natura esset, esse spectandum, & contemni debere nostram ignorantiam. Nos observemus, quibus in rebus haec dicantur: tum quam recte ita varie dicantur, intelligemus. Agit Paulus in superiore specie, ut apparet, de petitione, quae suspenditur sub conditione in tempus praesens aut praeteritum collata; nos hoc loco & similibus de obligatione, quae in eundem casum confertur. Ille ait in summa, ea quae in conditionibus his per rerum naturam certa sunt, si apud nos incerta sint, morari & impedire petitionem, quae inde pendeat; nos autem, quamvis haec apud nos incerta sint, non dicimus non morari petitionem, sed obligationem & ius petitoris. *d. §. conditiones, Inst. de verb. obl.* Optima ratione utrumque; nam obligatio ex eventu eius rei, quae in conditione est, solum pendet, non etiam ex eius eventus probatione, *§. sub conditione, Inst. de verb. obl.* petitio autem, quae iudicio instituitur, etiam probationem eius quod accidisse dicimus, non eventum tantum desiderat. Nihil enim prodest in iudicio aliquid factum esse dicere, nisi & probetur. *L. qui accusare, C. de eden.* Quapropter si constet per rerum naturam intentionem probari non potuisse, cum agitur, etiam petitionem nullius momenti esse necesse est. Ut tunc accidit, cum filius dimidiam petit, dum adhuc incertum est, an unus tantum postumus nascatur, an plures. Nec confirmabitur petitio, quamvis postea unus tantum natus sit: quia quae ab initio non constitit, tractu temporis convalescere non potest. *L. quae ab initio, L. quod initio, infr. de reg. iur.* Ut autem intelligatur huius iuris rationem in eo esse, quia de filii petitione agatur, cuius probatio cum sit necessaria, ea tamen per rerum naturam in proposito expediri non possit; finge in hac ipsa specie non de petitione filii, sed de eius iure agi. Placet iuxta sententiam huius loci, si unus postumus tantum sit in utero (quod eventus postea docebit) filium superstitem ipso iure ex dimidia parte esse heredem, & pro dimidia parte debitores hereditarios esse illi obligatos, & hactenus illum teneri creditoribus hereditariis: nec obstare, quod nemo certo scire possit unum tantum filium utero contineri: quoniam hic vere dicturi sumus, quod supra, quae per rerum naturam certa sunt, ea non morari obligationem, licet apud nos incerta sint. Hoc quidem diserte scriptum est in *L. cum quidam, §. suum, infr. de acq. her.* ut appareat non esse dissentientes de hac re istas sententias, quae referuntur in *d. L. sed etsi non, §. ult. supr. de*

de iud. & d. L. cum quidam, §. situm, infr. de acq. her. sed ut sunt de diversis rebus, ita propriis rationibus unamquamque recte defendi. Interim hoc ratum est, nunquam conditiones, quae ad praesens aut praeteritum conferuntur, morari ius cuiusquam, quod ex his pendeat, quantumvis is cui ius tribuitur, eas exstitisse ignoret. Et quod morantur petitionem filii in specie supra scripta, non propter iuris suspensionem accidit; sed propter eius iuris probationem, sine qua petitio procedere non potest: ut vere hic dici possit, quod Paulus in specie *L. duo sunt, infr. de test. tut.* non ius deficere, sed probationem. Non sunt ergo, ut est propositum, conditiones, illae quae ad praesens, aut praeteritum conferuntur, quod quidem diserte affirmatur in *L. institutio, in fin. infr. de cond. inst.* † Id eo spectat, ut initio 3 dixi, ut quaecunque de conditione in legibus constituta sunt, sciamus ad has conditiones non pertinere. Unde quibuscunque in caussis vetatur adiici conditio, quaeque adiecta conditione infirmantur legibus, omnia sunt eiusmodi, ut in his supra scriptae conditiones adiectae nihil noceant. Ut declaratur exemplo exheredationis sub conditione scriptae in *d. L. institutio, de cond. inst.* Cur igitur vocantur conditiones? quia verbis & figura orationis tales sunt; vi & potestate non sunt, ut significatur in *L. Cornelius, infr. de her. inst.* Ideo in *L. itaque, seq.* hic, de conditionibus in futurum collatis dicitur, has non verbis conditiones esse, sed potestatem conditionem obtinere.

Ad L. Lecta. 40.

Paulus lib. 1. Quaestionum.

Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani praefecti praetorio Iurisconsulti cautio huiusmodi: Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo, & haec quindecim proba recte dari calendis futuris: stipulatus est Publius Maevius; spopondi ego Lucius Titius. Si die suprascripta summa Publio Maevio, eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius quo post solvam poenae nomine in dies triginta: inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos uti Publio Maevio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei, haeredive eius. *Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta, stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense, primae pensionis usuras currere: & similiter post secundum & tertium tractum usuras non solutae [pecuniae] pensionis crescere, nec ante sortis non solutae usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebat ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: & ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim expressum esset. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa obtinuerit) usurarum tamen obligatio ipso iure non committeretur. Non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem & in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositae stipulationis praestetur.*

SUMMARIA.

1. *Cautio.*
2. *Auditorium.*
3. *Cautionis propositæ partes notandæ.*
4. *Sestertia quindecim hic numerata, & quæ sit hæc summa.*
5. De domo, *quid, & cur hæc verba in cautione adiicerentur.*
6. *Probare recte dari, quid.*
7. *Data soluta, cur hic iuncta.*
8. *Eo amplius quo post solvam, rectum & quomodo accipiendum.*
9. *Usura hic vocatur pœna, & cur.*
10. *Usura centesima hic promissa.*
11. *Quæstio hoc loco proposita.*
12. *Sententia Pauli de proposita quæstione.*
13. *Pacto hic subiecto immutatam esse stipulationem sortis ipso iure, & quomodo.*
14. *Inesse pactum stipulationi quid sit, &* n. 25.
15. *Exceptio pacti stipulationi inesse dici non potest.*
16. *Pactum propositum quomodo intelligatur inesse, & contineri stipulatione sortis.*
17. *Ratio dissentientium, cur pacto proposito non sit recessum a stipulatione usurarum.*
18. *Usuræ sortis ex stipulatione usurarum proposita, sine mora deberi non possunt.*
19. *Mora sorti non facta, etiam ipso iure stipulationem usurarum quæ ex mora debeantur, non committi.*
20. *Moram non facit, a quo propter exceptionem peti non potest.*
21. *Pauli sententia commendatur, & defenditur.*
22. *Usuras & sine mora ex conventione deberi posse.*
23. *Pacta conventa inesse stipulationi, quam sententiam habeat, ex professo tractatum.*
24. *Inesse stipulationi pacta tantum quædam, etiam quæ in continenti facta sint; & quæ, ac quam vim habeat, quod dicuntur inesse.*
25. *Inesse eadem & bonæ fidei iudiciis, etiam ex intervallo interposita.*
26. *Inesse stipulationi pacta non omnia, quamvis interposita ex continenti, & quæ non insint.*
27. L. petens. C. de pact. *explicatur.*
28. §. Seia, L. si ita quis, 135. D. de verb. ob. *sententia attingitur.*
29. *Pacta conventa stipulationi inesse, de quibus pactis dictum sit a Paulo, & definitio explicatur.*

LECTA EST] Cum Æmilius Papinianus esset præfectus prætorio, eoque & pro iurisdictione sua in auditorio suo ius redderet: delata est ad eum caussa, in qua ex cautione hic proposita controversia incidit. Quam ob caussam apud eum lecta & recitata cautio est, ut ex verbis existimari posset, quid de quæstione nata
1 iudicari oporteret. † Cautio hic chirographum est, & ita passim chirographum dici constat. *L. emptor*, §. 1. *supr. de pact. L.* 5. *supr. fam. er. L. qui tabulas, tota, infr. de fur.* Vel quia chirographum stipulationem continet, quæ proprie cautio nominatur, *L. sancimus, C. de ver. sig.* ut sit continens pro contento. Vel potius quia omne per se chirographum etiam sine stipulatione cautio est: fit enim eo securior creditor de pecunia credita propter rei gestæ probationem, quæ inest in chirographo, cuius probationis constituendæ caussa omne chirographum datur. Securum autem aliquem facere de re aliqua est ei cavere, & cautio securitas illa est, qua res alicui collocatur in tutiore loco. *L. plus cautionis, infr. de reg. iur.* iuncto §. *ult. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Quam rationem verbi tacite notasse videtur Ulpianus in *d. L. qui tabulas, ver. inde, infr. de fur.* dum chirographo quod cautionem nominat, utrumque hoc tribuit, & probationem, & quod per hoc
2 securior fit creditor. † Auditorium in usu iuris magistratuum & iudicum auditorum intelligitur, locus in quo ius redditur: sic dictus, ut apparet, quod ut caussis agendis destinatus est; ita in eo lites, disceptationesque & concertationes ad caussam pertinentes cum litigatorum, tum patronorum & advocatorum a iudicibus & magistratibus audiantur. Ad quod indicandum nunc duo loci sufficient: *L. minor, 18. supr. de minor. L. mulier, 22. infr. ad Treb.* Plura testimonia si quis desiderat, licet petere ex eruditorum hominum lexicis, quæ versantur in hominum manibus.

LUCIUS TITIUS] Verba sunt cautionis propositæ, † in qua ad quæstionem de 3
usuris hic positam, & Pauli de ea quæstione rationem intelligendam animadverti debet, tria hæc in summa contineri: stipulationes duas, & conventionem unam: hæc autem esse huiusmodi. Priorem stipulationem esse sortis, qua creditor stipulatus est totam sortem semel sibi reddi Calendis proximis. Alteram huic subiectam esse stipulationem usurarum, qua idem creditor stipulatus est totius summæ supra scriptæ usuras, si ea summa sua die soluta non esset. Conventionem esse eam, quæ ex continenti interposita sit, ut conditionem stipulationis sortis immutaret hoc modo. Nam cum ex stipulatione sortis solvi deberet tota sors proximis Calendis: conventione ea effectum est, ut debitor Calendis proximis tantum necesse haberet ex supra scripta summa præstare trecen-

tos

tos denarios, ac deinceps totidem ſingulis menſibus, qui poſtea conſequentur, donec pluribus penſionibus diviſim ſolutis, ea ſumma omnium fieret, quæ ſortem conficeret. Hæc conventio eum de ſorte tantum concepta eſſet: de uſuris quæſtionem attulit. Ad quam prius quam venio, verba cautionis quædam nobis attingenda ſunt, de quorum ſententia præcipue dubitari ſolet.

Quindecim mutua numerata] Ex uſu loquendi Romanorum aut denaria intelligere debemus, aut ſeſtertia; his enim verbis ad pecunias & ſummas diſtinguendas in utroque genere utebantur. Pondo autem numerata, quod vulgo hic ſuppletur, nunquam illi dicerent: cum pondo appendantur, non numerentur. Sed, ut dixi, ſic eorum uſus fuit, ut denaria aut ſeſtertia dicerent, cum ſummas notare vellent. Utrum ex his intelligamus, ad rationem recti ſermonis, & ad mutui naturam nihil intereſt; ſed denaria intelligi ſententiæ loci non convenit. Proponitur enim conveniſſe poſtea, ut trecenti denarii menſtrui præſtarentur ex ſorte, eaque ſumma pro exigua ſortis portione habetur. At iſto modo portio multis partibus maior eſſet, quam totum: cum in portione eſſent trecenti denarii, ſeu trecenta denaria (nam utrumque idem valet) in ſorte autem eſſent tantum quindecim. Si hic ſupplemus millia, quod quibuſdam placet, ut ſignificetur quindecim millia denariorum mutua numerata: conveniet quidem ſumma ſortis propoſito, ut quæ multas eiuſmodi ſummas contineat, quorum in ſingulis ſint trecenti denarii: qualem ſortem hic accipi debere conventio ſubiecta oſtendit. Sed verendum eſt, ne verba non ferant: dicuntur enim hic tantum quindecim, non quindecim millia. Inter quæ quantum interſit, nihil neceſſe eſt dicere: eſt enim in promptu. Verendum etiam, ne id faciamus ſine exemplo: Animadverto enim alibi, cum in denariis datis millenarium numerum veteres intelligi voluerunt, eos nominatim expreſſiſſe, ut ſit in *L. Publia*, §. *ſi. infr. dep. L. ſi ita ſtipulatus*, §. *Chryſogonus*, *infr. de ver. obl.*

4 † Melius eſt igitur, ut quindecim ſeſtertia hic intelligamus. Et vero conſuetudo loquendi apud Romanos recepta ita faciendum eſſe monet: nec quidquam eſt in verbis aut ſententia huius loci, quod refragetur. Conſuetudo loquendi hæc fuit, ut Budæus docet *lib.* 2. *de aſſe*, ut cum veteres dicebant decem, viginti, centum mutua rogata aut data eſſe, intelligerent ſeſtertia: & centies datum erat, centies ſeſtertium ſeu ſeſtertiorum: quod ille multis & idoneis teſtimoniis confirmat. Ut autem uſus recipit, ut ſeſtertia recte intelligamus: Ita etſi nihil amplius dicamus, quam quindecim ſeſtertia numerata: Ideſt, nullum numerum adiiciamus præter eum, qui hic expreſſus eſt; tamen his verbis ea ſumma exprimitur, quæ nihilo minus, quam ſuperior, ſententiæ huius loci congruat: continet enim & ipſa ſæpius trecentos denarios, quod fingi ad ſententiam huius loci volumus. Nam ut idem eodem loco ſcribit, ſeſtertium in neutro genere valet mille ſeſtertios nummos: ut cum dicimus quindecim ſeſtertia eſſe numerata, hoc dici intelligatur, numerata eſſe quindecim millia ſeſtertiorum nummum: cuius ſummæ exigua pars eſt trecenti denarii, de quibus per ſingulos menſes præſtandis conventio ſubiecta eſſe proponitur. Nam quod idem ibidem docet, valuit denarius quatuor ſeſtertios nummos: ut hinc colligere liceat in ſumma quindecim millium ſeſtertiorum contineri ter mille ſeptingentos quinquaginta denarios. Hæc enim ſumma ſi quadrupletur in ſeſtertiis, ut facere oportet, ſi in unoquoque denario inſunt quatuor ſeſtertii: efficiet quindecim millia ſeſtertiorum: quam ſummam ſtatuimus. Hoc idem & Alciatus ſentit.

De domo) † Scribit quidem Donatus 5
in *Adelph. act.* 2. *ſc.* 4. item in *Phor. act.* 5. *ſcen.* 7. quod & alii eruditi viri nonnulli hic annotarunt, apud veteres magis pecuniam numerari ſolitam de menſa, ideſt, per argentarios & nummularios, quam de domo & arca creditoris, & præterea ubi pecunia numerata eſſet, ſolere adiici. Sed neque cur per argentarios pecunia ſoleret numerari, neque quamobrem hæc verba, *de domo*, adiicerentur, docet: quod ex libris noſtris intelligi poteſt. Didicimus igitur argentariorum officium & miniſterium publicum fuiſſe: horum præcipuam operam fuiſſe hanc, ut ſingulorum rationes diligenter conficerent de pecuniis quas acciperent, quaſque erogarent. *L. prætor*, *in pr. L. argentarius*, *in pr. ſupr. de ed.* Eandem cauſſam fuiſſe & nummulariorum. *L. quædam*, §. *nummularios*, *ſupr. eod.* Quæ rationes, quæque ſcripturæ ad officium pertinentes ab his conficerentur, eas fidem habuiſſe publicam; certe fuiſſe einſmodi, ut his probatio rationum maxime contineretur, unde & ad fidem earum ſæpiſſime decurrebatur. *d. L. quædam*, §. *nummularios*. Hinc menſæ ſcriptura inter genera probationum in *L. qui tabulas*, §. *inde*, *infr. de fur.* Hac de cauſſa in pecuniis dandis reddendiſque & acci-

accipiendis solebat res transigi per nummularios, quia & facilius per eos transigebatur, & publica fide. Id autem si quando factum non esset: quia factum id erat præter morem usitatum, ideo in chirographo privato caussa reddebatur, cur ad nummularios itum non esset: caussa vero hæc erat, quod pecunia nomerata esset a creditore de domo, seu ex arca eius, ut hic, & *L. quidam, infr. de coust. pec.*

6 PROBA RECTE DARI] † Adiecta sunt hæc verba, magis quo res planius exprimatur, quam quod fuerit necesse adiici. Nam debitor citra aliam creditoris cautionem nummos reprobos solvendo non liberatur. *L. eleganter*, *§. qui reprobos*, *infr. de pig. act.* Recte autem valet sine incommodo & damno creditoris. *L. aliud est capere*, *§. ult. infr. de verb. sig.* Porro ur de eo nihil aperte cautum sit: tamen alia forma, aliave qualitate pecuniam solvere, quam qua accepta est, ut creditor ex ea re aliquod damnum sentiat, debitori non licet. *L. debitorem*, 99. *infr. de solut.*

DATA, SOLUTA, SATISVE EO NOMINE
7 FACTUM NON ERIT] † Solvere pecuniam est naturaliter numerare. *L. solutam, infr. de sol.* Satisfacere eo nomine est, pro eo quod debemus, creditori aliquid præstare, quo ille sit contentus, quodque admittat vice solutionis. *L. 5. §. satis acceptio, infr. de ver. obl. L. si rem, §. omnis, infr. de pig. act. L. item, §. 1. infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol. d. L. solutam, in fin. de sol.* Quæ duo cum ita differant, recte utrumque comprehensum est. At illud, *data*, superfluum videri potest. Et est omnino, *si data soluta* pro disiunctis accipimus: sufficiebat enim soluta dicere: cum non solvatur pecunia, nisi detur, id est, ita tradatur ut transferatur etiam eius dominium in creditorem. *L. cum quis*, *§. qui hominem*, *L. qui sic solvit*, *infr. de sol.* Sed possunt hæc duo, data soluta, pro una re accipi, nempe pro ea cuius finis sit solutio, ut sit sensus: si ea pecunia non erit data solutionis caussa, quod per ... defendi potest Virgilianæ illi non dissimilem, pateris libamus & auro, idest, pateris aureis: quo sensu dici potest sine vitio ita coniungi.

TUNC EO AMPLIUS QUO POST SOL-
8 VAM] † Si ita legeretur, *quoad post solvam*, non negem id & ad sententiam huius loci, & ad rationem recti sermonis non inepte dici. Quin etiam eadem forma loquendi Paulum uti paulo post constat: illic, *dicebam*. Sed consentiunt omnia exemplaria in hanc lectionem, *quo post solvam*, non tantum hic, sed etiam in *L. si ita stipulatus*, *§. Chrysogonus*, *infr. de ver. obl.* Et vero hanc lectionem retinendam esse arbitror: pertinet enim ad sententiam stipulationis de tempore, quo usuræ præstari debeant, certius & clarius exprimendam. Nam si dicimus usuras promissas, quoadusque sors soluta esset: dubium adhuc relinquitur, utrum debeantur usuræ non tantum eius temporis, quod calendas sequitur, sed etiam eius quod antecedit. His autem verbis, *quo post solvam*, declaratur promitti usuras solum eius temporis, quo post Calendas sors solvetur, non etiam præcedentis. Estque hic sensus verborum: promitti usuras amplius eo, id est, præter id, *quo*, idest, in quo ego debitor post Calendas solvam, idest, in summa, præter sortem, quæ post solvetur.

POENÆ NOMINE] † Usuram hic promitti manifestum est; promittitur enim pecunia pro usu sortis. Sed & quæ accessio hic promittitur, ea postea singulis prope lineis usura appellatur, in *vers. quæsitum est, & deinceps.* Cur igitur hic vocatur pœna? quia non minus hæc ipsa usura in hac specie pœna est. Non enim simpliciter pro usu pecuniæ mutuo datæ promittitur; sed sub conditione, si sors sua die soluta non erit. Pœnam autem in stipulationibus & legatis dici constat omnem summam, cuius præstatio imponitur debitori hac conditione: si aut non fecerit quod illum facere oportebat, aut contra quam cautum est, fecerit. *§ ult. Inst. de ver. obl §. ult. Inst. de legat.* Et recte: iniicitur enim hæc præstatio coercendi debitoris caussa, ut est in *d §. ult. Inst. de legat.* generaliter autem pœna dicitur, omnis delicti vindicta & coercitio. *L. aliud est fraus*, *infr. de ver. sig.* 9

IN DIES TRIGINTA] † Quod hic dicitur pœnæ nomine de singulis centum denariis promitti unus denarius, idest, pars centesima, idque in singulos triginta dies, idest, in singulos menses, aperte eo spectat, ut significetur hic promitti usuram centesimam. Usura namque centesima est centesima pars sortis in singulos menses, ut inter omnes eruditos convenit: de quo scripsi in Commentario *De usuris*. 10

CONVENITQUE] Conventio est, de qua initio dixi: qua diligenter notandum est non id agi, ut quid novi creditori detur, aut ut quid creditor petat ex ea conventione, quod prius non liceret; sed contra ne illi detur, neve is petat, quod prius ex stipulatione sortis petere poterat. Nam cum prius ex stipulatione sors tota ei debere-

beretur: conventione bac effectum eſt, ne ſortem totam ſemel poſſet petere, ſed tantum ex ſorte trecentos denarios ſingulis menſibus, donec penſionibus menſtruis omnibus in unum collatis tota ſors confecta eſſet. Quod quam conducat recte expendi, quamque pertineat ad interpretatiooem illius ſententiæ, quæ ſequitur, *pacta in continenti facta ineſſe creduntur*, *poſtea dicetur*.

Ex omni summa ei heredive eius.] Iocuicatio hic eſt; ſed tamen non prorſus otioſa, ne quis eam continuo repudiet. Prius enim dictum erat, ut trecenti denarii menſtrui præſtarentur ex ſumma ſupra ſcripta; ſed non erat additum, placeretne præſtari ex omni ſumma, an ex parte: nunc ergo additur ex omni ſumma. Dictum erat debere me ex ea ſumma trecentos denarios menſtruos refundere P. Mævio (ſic enim legendum eſſe omnes videat, non ut in Pand Florentinis, pro Mævio) De herede Mævii nihil dictum erat: quare & de eo nunc additur. Itaque ſic locus accipi debet, quaſi ita ſcriptum eſſet: convenitque inter nos, uti P. Mævio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecentos: & id, ne qua ſit dubitatio, non ex parte aliqua eius ſummæ, ſed ex omni ſumma; nec tantum Mævio, ſed etiam hæredi eius.

Quæsitum est de obligatione usurarum: quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat] Re ita compoſita, ut ſupra ſcriptum eſt, acciderat, ut numerus menſium, qui ſolutioni competebat, tranſiiſſet, ut Paulus loquitur: id eſt, ut præteriiſſent omnes menſes, qui ad ſolutionem ſortis conſtituti erant, ſeu quibus ſors tota diviſis penſionibus ſolvi poterat, & debebat. Hi ſunt tredecim circiter menſes, ut quidem quindecim ſeſtertia mutua data eſſe ſupra interpretati ſumus: quorum menſium unoquoque ſi ſolvantur trecenti denarii iuxta conventionem, efficitur ſumma ter mille ſeptingentorum quinquaginta denariorum. Atque ita hi menſes præterierant, ut nullo menſe penſio conſtituta ſoluta eſſet: ut ſic uſuræ omnium menſium deberentur ex ſtipulatione uſurarum. Hinc de uſurarum obligatione quæſitum eſt. Quid quæſitum ſit, Paulus non exprimit; ſed ex eo quod reſpondet, facile intelligitur: id enim reſponſo decidit, quod
11 in quæſtione fuerat. † Quare cum dicat in propoſito non totius ſortis uſuras ſingulis menſibus deberi, ſed tantum cuiuſque penſionis ſuo menſe non ſolutæ: ſatis declarat huc ipſum quæſitum eſſe, utrum ſorte ſingulis menſibus non ſoluta totius ſortis uſuræ per ſingulos eos menſes debeantur, an vero eius tantum penſionis, quam ex conventione ſubiecta per eos menſes licuit ſolam præſtare. Non hic quæritur, ut Accurſius putat, quo ex die incipiat currere ſtipulatio uſurarum, & ſortis. Nam de eo apud Paulum nihil reſpondetur, ut obſervabimus in *verſ. dicebam:* & cur de die ſtipulatione comprehenſo dubitetur, an manere debeat, cum is pacto non mutetur? Multo minus quæritur, an ex pacto hic ſubiecto actio naſcatur. Nam quomodo eſſe poſſet actio ex ea conventione, quæ non ad obligandum promiſſorem interpoſita eſt, ſed ad liberandum? Et male dictum Pauli de pactis quæ inſunt, Accurſius accepit, cum id eam ſententiam habere exiſtimavit, quaſi diceretur id pactum actionem parere, ut ſuo loco intelligetur. Una, ut dixi, quæſtio eſt, an tota ſorte non ſoluta debeantur uſuræ totius ſortis; an ſolum illarum penſionum, quæ unoquoque menſe ſolvi debuerunt. Quæſtio in eo eſt, utrum ea conventione quæ ſecuta eſt, a priore ſtipulatione uſurarum receſſum ſit, an non ſit. Nam ſi receſſum non eſt: totius ſortis uſuræ ut ab initio, ita etiam nunc debentur. Si eſt receſſum ſimiliter, ut & a ſtipulatione ſortis; eveniet ut quemadmodum ſolum trecenti denarii ſingulis menſibus ex ſtipulatione ſortis præſtari debent; ita his ſuo tempore non ſolutis ſolum iſtarum ſummarum uſuræ debeantur, non totius ſortis. Ideo in eo controverſia conſtitit. Quod ex concertatione Pauli & aliorum a Paulo diſſentientium, quæ deinceps exponitur, liquido intelligi poteſt. Cum enim exiſtimaret Paulus ſingularum penſionum duntaxat uſuras deberi: hac ratione uſus eſt, quod diceret conventione ſubiecta receſſum eſſe a ſtipulatione uſurarum. Cum alii diſſentirent, putarentque tota ſorte ſingulis menſibus non ſoluta totius ſortis uſuras deberi; id rationis habuerunt, quod conventio quæ de ſorte ſolum interpoſita eſt, nihil pertineret ad ſtipulationem uſurarum, eoque de ea nihil immutaſſet. Quæſtio ergo, ut dixi, in eo eſt, an a ſtipulatione uſurarum receſſum ſit ſuperiore conventione. Quid eſt igitur, cur amplius dubitemus, dicet aliquis, cum conventio de ſorte ſit, non de uſuris? Et ſi verba conventionis ſolum ſpectamus, non eſt receſſum: ſin vim & poteſtatem conventionis, contra eſt. Non enim poteſt a ſtipulatione ſortis receſſum eſſe ita ut ex ea ſolum trecenti denarii debeantur, quin receſſum ſit & a poſteriore uſurarum. Ergo res eo deducitur, ut

quæ-

quæratur, quam vim hæc conventio habeat ad immutandam stipulationem cum sortis tum usurarum: qua & de re inter Paulum & adversarios fuit contentio. Sed quid hic quæstionem faciat, de eo planius ex responso & ratione Pauli, tum adversariorum rationibus & harum refutatione intelligetur.

12 DICEBAM] † Sententia Pauli de proposita quæstione hoc loco exposita, hæc est: Conventione hac in continenti interposita, ut debitor ex sorte refundere solum debeat singulis mensibus trecenos denarios, perinde stipulationes præcedentes accipiendæ sunt, quasi creditor trecenos illos denarios singulis mensibus sibi dari stipulatus esset: ac nisi supra scripta summa suo quæque tempore soluta esset, eius summæ stipulatus esset usuras. Id quod si factum esset, constaret trecentis denariis menstruis unoquoque mense non solutis, eius solum pensionis usuras deberi, non totius sortis. Ideo & nunc idem statui oportet. Quapropter si primo mense trecenti denarii soluti non sint: eius pensionis usuræ current, inquit Paulus, idest, incipient deberi ita, ut solæ debeantur. Quod si nec per secundum aut tertium tractum soluti fuerint (sic mensem vocat, quia is tractus est, & spatium ad solvendam quamque pensionem constitutum) si, inquam, per tres menses trecenti illi denarii soluti non erunt: usuræ, inquit, non solutæ pensionis crescent. Innuit hoc verbo postremæ quidem pensionis quæ tertio loco solvi debebat, usuras incipere deberi, & semel deberi, quoniam uno tantum mense ea pensio dilata est: at usuras præcedentium pensionum incipere deberi sæpius, pro numero videlicet mensium, quibus illæ pensiones non sunt solutæ: puta secundæ pensionis debebuntur usuræ bis, quia pensio secundo & tertio mense soluta non sit; primæ autem pensionis usuræ ter, quia ea pensio nullo ex tribus mensibus soluta fuerit. Quod in præcedentibus pensionibus eodem modo accidit: ut fieret, si totius sortis usuræ promissæ essent, si sors sua die soluta non esset: sorte enim deinde per plures menses non soluta, singulorum mensium deberentur usuræ, & ita per singulos sequentes crescerent. Sed in summa hoc declarat, usurarum in proposito hanc esse conditionem, ut his pensionibus non solutis, quæ unoquoque mense solvi debuerunt, nihil amplius præstari debeat usuræ nomine, quam usura uniuscuiusque pensionis, non totius sortis, quæ unoquoque mense soluta non fuit. Numquamne ergo totius sortis usuræ in hac specie peti poterunt? Imo, inquit, poterunt, sed tunc solum, cum tota sors peti posse cœperit: quod evenit, his mensibus præteritis, qui solutioni menstruarum pensionum constituti erant. Non adiicit Paulus, unde primum mensem solvendæ primæ pensionis numeremus, ut eo finito exinde eius pensionis usuræ cedant. Ideo quæri solet, utrum ex Calendis proximis quæ stipulatione sortis comprehensæ sunt, eum numeremus; an potius ex die interpositæ stipulationis: ut quemadmodum pacto, quod postea secutum est, mutatus est modus sortis solvendæ: ita mutatus sit & dies solvendi, ac proinde usurarum. Sed cum creditor conventione tantum sortem, quam ex Calendis proximis præstare oportebat, diviserit, in die autem stipulationis aperte nihil immutarit: diem manere oportet. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? ut est in *L. sancimus, C. de testa.* Itaque hoc convenisse intelligendum est, ut ex Calendis proximis non iam totam sortem solvi oporteat, sed solum trecentos denarios menstruos, ut prius ex stipulatione necesse erat: ex Calendis tamen, qui dies aperte mutatus non est. Atque hæc Pauli de proposita quæstione sententia est, comprehensa hoc loco usque eo, *Pactum autem, quod subiectum est.* Sed obstabant Paulo verba stipulationis usurarum, quæ ita concepta est, ut quemadmodum sors tota promissa erat stipulatione sortis: ita si hæc soluta non esset, promitterentur huius summæ, idest, totius sortis usuræ. Et necesse est tolli quæstionem, ac falsam videri Pauli sententiam, nisi hoc dicitur, pacto quod postea secutum est, recessum esse a stipulatione usurarum: ut iam non nisi trecentorum denariorum menstruorum usuræ debeantur, si hi aliquo mense soluti non essent. Quam enim stipulationem ab initio fuisse constat, nisi ea sublata aut mutata postea est, eam necesse est etiam nunc manere. Ergo hoc ipsum respondet Paulus, revera & hic superiore pacto ab usurarum stipulatione recessum esse. *Dicebam*, inquit, *perinde esse, ac si creditor certam summam*, eam ipsam nimirum quæ conventione comprehensa est, *stipulatus, huius summæ usuras adiecisset*, atque ita a priore stipulatione usurarum totius sortis recessisset. At hic rursum occurrebatur Paulo ex verbis conventionis. Nam ea conventione de sorte tota semel non præstanda cautum est; de usuris totius sortis non præstandis nihil. Quare etiam nunc post eam conventionem sorte tota non soluta totius sortis usuras deberi oportet. Et omnino ita res habet,

habet, ut, si dicatur hac conventione recta & aperte a stipulatione usurarum recessum esse, perspicue falsum sit: cum nullum sit verbum in ea conventione de usuris. Sed per consequentiam stipulationis sortis ab ea recessum esse vult, idque ita ostendit: probat enim pacto mutatam esse stipulationem sortis, conversa priore summa in eam summam, quæ pacto continetur. Ex quo colligit simul discessum esse a priore stipulatione usurarum totius sortis, & iam novæ solum istius summæ quæ in stipulationem sortis deducta videtur, usuras deberi. Perinde est, inquit, ac si certam istam pecuniam trecentorum denariorum, de qua in conventione agitur, per singulos menses creditor esset stipulatus: quo posito etiam illud consequens est, quod subiicit, ut videatur qui eam summam ita stipulatus est, eius quoque solius summæ, si soluta non esset, usuras adiecisse. Si prius verum est: recte colligitur posterius, etiam hactenus stipulationem usurarum esse immutatam, & solum trecentorum menstruorum, qui soluti non erunt, deberi usuras. Nam in cautione proposita sic concepta est usurarum stipulatio, ut non contineat certæ alicuius summæ & definitæ usuras; sed eius solius, quæ stipulatione sortis præcedente comprehensa erit: sic enim conditio est stipulationis usurarum, si summa supra scripta data soluta non erit. Quibus verbis efficitur, ut si tota sors prius semel promissa sit, etiam hac non soluta totius sortis usuræ debeantur; sin deducti sint in stipulationem sortis trecenti tantum denarii menstrui, huius etiam summæ usuræ promissæ intelligantur, non totius sortis. Nec quenquam hic moverit, quod dicitur pactum de una re factum, in alia re non nocere. *L. si unus*, §. *pacta*. illic, *ante omnia*, *supr. de pact.* Id enim ad alias res principales, non ad accessiones rei principalis de qua cautum est, pertinet. Certi enim iuris est principali obligatione sublata aut mutata, tolli etiam aut mutari eas obligationes, quæ accessionum locum obtinent. *L. in omnibus*, *infr. de sol.* *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Hic autem stipulationem usurarum esse accessionem stipulationis sortis, & ex ea pendere, eum usurarum natura ostendit, de qua in *L. eos*, *in pr. C. de usur.* tum maxime conceptio & conditio superior stipulationis usurarum. Itaque in ea collectione quam dixi, probanda non laboravit Paulus hoc loco, ut quæ per se pate-
13 ret ex supra scripta conditione. † Solum illud, quod firmamentum habuit senten-

tiæ suæ, sibi attingendum putavit, ut probaret ea conventione quæ subiecta est, immutatam esse sortis stipulationem: & in eo est, ut ostendat immutatam esse ipso iure: idest, ita eam iam accipi debere, quasi ea stipulatione creditor trecenos tantum denarios ex forte singulis mensibus sibi refundi stipulatus esset: quod merito sibi probandum putavit, indiget enim maxime probatione. Nam quomodo videri possunt trecenti denarii per singulos menses stipulatione promissi esse, qui verbis in stipulatum deducti non sunt? Probat autem hac ratione, a qua statim exorditur: *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*. In qua ratione tria quærenda sunt: Primum quid hæc sententia ad rem pertineat, ut hinc efficiatur quod proposuimus. Nam si ex ea id non efficitur, nihil necesse est longius progredi, & hoc quæri, an sententia vera sit, necne. Deinde si apte adhibetur ad id probandum: an per se sententia, quatenus huic loco convenit, vera sit. Postremo an generaliter & in universum accipienda, uti hoc loco verbis quoque generaliter concepta est. De quibus dicam ordine.

Recte vero, ut a mente Pauli primum ordiar, ad id quod propositum est, superior sententia adhibetur: atque adeo id ipsum ea sententia efficitur. † Inesse enim 14
stipulationi significat, stipulatione contineri. Nam quod Ulpiano valet, pacta in continenti facta inesse bonæ fidei iudiciis seu contractibus, in *L. iurisgentium*, §. *quinimo*, *supr. de pact.* id Papiniano valet, pacta huiusmodi contractu emptionis contineri in *L. pacta conventa*, *infr. de act. empt.* Quid autem fieret, si stipulatione sortis contineretur hoc pactum, ut ex summa supra scripta menstruos solum refundere promissor deberet denarios trecenos? Nempe hoc eveniret, ut hi ipsi ex stipulatione soli deberentur, sors autem non deberet præstari Calendis: quia conventione id comprehensum esset, & stipulatio id ipsum contineret, quod conventio. Ergo & nunc idem fiet, ut sic putemus priorem stipulationem in eam ipsam summam esse conceptam, quæ summa conventione continetur: atque ita non iam quindecim millia sestertiorum promissa, ut ante; sed solum treceni denarii menstrui in stipulatum deducti esse intelligantur. Quam esse Pauli sententiam ut quivis possit cernere, id ipsum est, quod ille ex hac ratione colligens, ait *perinde esse*, ac si creditor summam hanc certam ex tota sorte stipulatus esset sibi reddi singulis mensibus,

tibus,

sibus, ideo enim *id perinde est*, quia ita eveniret, si pactum contineretur stipulatione, seu his rebus de quibus convenit, 15 stipulatio constaret. † Et notandum est Paulum non dicere, pactis in continenti factis eorum pactorum exceptionem inesse stipulationi, ut quidam Pauli dictum acceperunt; sed aperte ipsa pacta stipulationi inesse: quod & recte dicitur. Necesse est enim inesse, quod stipulatione continetur, quodque in partem venit stipulationis. Illud autem neque verbis convenit, ut interpretemur dici hic exceptionem pacti in continenti facti inesse stipulationi, cum longe aliud sit pactum, aliud exceptio, quæ inde nascitur: neque per se ullo modo recipi potest, ut dicatur exceptio pacti stipulationi inesse. Potest quidem dici exceptio inesse judicio, seu judicio contineri; quia exceptio judicii pars est similiter, ut actoris intentio. Et vero ita a juris auctoribus dicitur, cum de bonæ fidei judiciis agitur. *L. 3. infr. de resc. vend. L. hujusmodi, §. qui servum, infr. de legat.* 1. Quominus autem dicatur vel stipulationi vel alii contractui inesse, etiam natura ipsa refragatur: cum id solum insit contractui, quod eius contractus pars est, seu quod ab eo continetur. Nemo est autem, qui nesciat, exceptionem quæ perfecto iam contractu & conventione nascitur, quæ firmandæ retinendæque conventionis perfectæ caussa datur, quæ eadem in iure posita est, non in facto: rem esse extra contractum maxime, eandemque a contractu maxime seiunctam & separatam, ut plane contractus pars esse non possit, aut contractu contineri. Ac demus etiam dici exceptionem huius pacti inesse non stipulationi fortis, sed judicio quod ex ea stipulatione institutum erit. Locuti quidem erimus eo modo, quem natura rerum ferat; sed nihilominus & hanc sententiam ius repudiat: quod exceptiones in lite contestanda non oppositas interdum judicio inesse patitur, sed solum in bonæ fidei judiciis; *d. L. hujusmodi, §. qui servum, infr. de legat.* 1. *d. L. 3. infr. de resc. vend.* in strictis non aliter admittit, quam si sint in initio contestatæ: *L. præscriptionem, L. si quidem, C. de except.* stricti autem judicii esse constat stipulationem. *L. in actionibus, vers. plane, cum L. seq. infr. de in lit. iur.* De exceptione ergo pactorum Paulus non loquitur, sed de pactis. Et recte; Illa stipulationi inesse non potest, sive stipulationis verbo contractum placeat intelligi, sive judicium ex stipulatu; hæc possunt in continenti secuta stipulationi inesse hoc modo, dum his efficitur, ut secundum eorum formam renovata intelligatur præcedens stipulatio: quod Paulum sentire verba quæ sequuntur perspicue ostendunt. Adhibetur igitur recte hic sensu superior sententia ad efficiendum id quod de renovata stipulatione fortis propositum est: si modo hoc ipsum quod dicitur, pacta in continenti facta stipulationi ita inesse, quasi quod pacto continetur, in stipulatum deductum esset, vere etiam dicatur; de quo non immerito dubitatur.

Itaque sequitur, ut quod secundo loco quæsivimus, de eo videamus. † Et quidem 16 hic nobis statim opponitur natura stipulationis. Hæc enim ut verbis conficitur; *L. 1. §. verbis, infr. de obl. & act. L. 1. infr. de ver. obl.* sic de re quam ex stipulatione deberi volumus, ita verba desiderat, ut nisi quid verbis stipulationis palam expressum sit, placeat id pro omisso haberi. *L. quidquid, infr. de ver. obl.* Qui igitur conveniit in proposito dici pactum de trecenis denariis menstruis interpositum ita inesse stipulationi, ut videantur iam hi ipsi stipulatione esse promissi, de quibus ita præstandis nihil stipulationis verbis expressum est? Et si probatur verbis præcedentis stipulationis eam summam contineri, de qua postea pacto cautum est, & præterea quod amplius in stipulationis conceptione fuit, propter subiectum pactum stipulatione non contineri: omnes concedent natura ipsa stipulationis & iure certo ac communi fieri, ut summa pacto comprehensa ex stipulatione priore debeatur, & debeatur sola: atque ita secundum formam pacti ex continenti secuti ea stipulatio rite renovata atque alia quodammodo contracta intelligatur. Id vero fit hoc modo. Cum enim tota sors ab initio promissa est; re ipsa singulæ partes fortis promissæ, & verbis contineri intelliguntur. Ita qui ter mille septingentos quinquaginta denarios Calendis est stipulatus, satis trecentos denarios, quæ pars est illius fortis, & Calendis, & deinceps omnibus temporibus sibi dari stipulatus est. Atque ut hi treceni denarii menstrui prius verbis promissi sunt; ita post conventionem de his solis refundendis ex continenti interpositam retroversus hi ipsi soli in priorem stipulationem deducti existimandi sunt. Quod etsi prima fronte videtur verbis stipulationis refelli, quibus sors tota in stipulatum deducta est: tamen & per se verissimum est, & naturæ stipulationis ita dici maxime congruit. Non enim sola verba perficiunt stipulationem; sed & consensu ad eam rem est opus, ac sine eo stipu-

stipulatio nulla est. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *infr. de ver. obl.* Quapropter etsi verum est verbis stipulationis totam sortem ab initio contineri: tamen si in continenti consensum est, ne quid præstetur singulis mensibus ex ea summa præter trecentos denarios: quod amplius verbis expressum erit, re ipsa nec promissum, nec stipulatione comprehensum videbitur, quia eatenus deest consensus. Id autem superiore pacto aperte actum est, & pactum secutum est ex continenti. Ne quis autem hanc sententiam Pauli & aliorum quorundam esse putet, sed non etiam cognitam aut probatam Ulpiano, quem hic constitui adversarium multi non temere coniiciunt, & ob hanc caussam hæc sententia minus ponderis apud eum forte habeat: licet animadvertere nihil hic aliud sensisse & tradidisse Paulum, quam quod Ulpianum ipsum tradidisse legimus in *L. 1. §. si cui simpliciter*, *infr. de ver. obl.* Quod enim ille scribit, cum detrahitur aliquid obligationi, id est, stipulationi præcedenti, non esse vitiatam obligationem, *si diversitas responsionis ilico placuerit*: tunc enim aliam stipulationem contractam esse videri: non aliam sententiam habet, quam secundum id ipsum quod ita illico placuit, stipulationem renovatam & novam contractam utiliter videri: ut quod detractum est, vere pro detracto habeatur. Sed si hoc consensus sequens facit: cur placet id pactum, quod isto modo stipulationi inesse volumus, in continenti fieri, & quod Ulpianus dicit, responsionis diversitatem ilico placere debere: ut sic ad formam eius conventionis videatur stipulatio esse contracta? quia in stipulatione contrahenda inter interrogationem & responsionem continuum actum esse oportet, aut certe modicum intervallum stipulationi non contrarium. *L. 1. §. 1. L. continuus, in pr. infr. de ver. obl.* De sententia Ulpiani plura scripsi ad eum locum. Sane inter sententiam superiorem Ulpiani, & eam quæ est Pauli hoc loco, videri potest hoc interesse: quod Ulpianus loquitur de stipulatione nondum perfecta, ubi videlicet quid detrahitur in ipsa responsione, ac non responsione iam ante constituta, ut indicant illa verba: *nisi responsionis diversitas ilico placuerit*: Paulus autem de ea specie agit, cum iam interposita interrogatione & responsione de tota sorte, subiicitur conventio stipulationem innovans: cui videri potest non debere tantum tribui ad stipulationem iam perfectam renovandam. Sed nullum hoc, aut certe contemnendum discrimen est. Cum enim statim mutatur responsio utrique

usque consensu, perinde haberi debet, ac si ea non intervenisset, auctore etiam ipso Ulpiano: nam & hic interrogatio quæ vere intervenit, nec intervenisse videtur, ubi ea pacto ex continenti secuto displicuit, & placuit promissoris responsio. Effectum est igitur superiore ratione Pauli, nec minus, ut existimo, ratione certa iuris & communi, per conventionem quæ hic secuta est ex continenti, stipulationem fortis quæ præcesserat, ita renovatam esse, ut iam non amplius quam trecenti denarii menstrui ea stipulatione videantur esse promissi. Quo posito, fit quod illum velle iam diximus, & de quo nunc agitur: sic & stipulationem usurarum accipiendam esse: quasi eius tantum summæ usuras etiam secundum verba stipulator adiecisset, si ea summa suo tempore soluta non esset: & ut loquitur Paulus, PERINDE ESSE, AC SI PER SINGULOS MENSES CERTAM PECUNIAM STIPULATUS, QUO AD TARDIUS SOLUTA ESSET, USURAS ADIECISSET] Certam summam, accipe eam de qua ipsa per singulos menses præstanda in proposito convenit. *Usuras adiecisset*, eius summæ ita in stipulatum deductæ. *Quo ad tardius soluta esset*. Sic in Pandectis Florentinis. Melius, iudicio meo, & significantius, si legatur, ut in principio cautionis, *quo tardius soluta esset*: ut sit sensus: perinde esse, ac si creditor stipulationem adiecisset, qua huius ipsius summæ usuras stipularetur pro eo tempore adiecto, quo ea summa tardius soluta esset: idest, quo secundum conventionem non esset soluta. Hac autem stipulatione usurarum ita constituta, quarum pensionum usuræ debeantur, & quando, & quoties, subiicit in illis verbis, *igitur finito*: quorum sententiam prius iam ab initio interpretationis huius loci exposui. Hactenus ergo de hoc dicto Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse, ut erat propositum, duo ostendimus ad Pauli probationem intelligendam & confirmandam cognitu necessaria. Unum: eius dicti in proposita conventione hanc vim esse, ut quasi ea conventio insit & contineatur verbis stipulationis sortis, ita stipulatio sortis ex eo pacto sic accipi debeat: quasi quod convenit de solis trecentis menstruis refundendis, hoc ipsum videatur & stipulatione comprehensum esse, deque his solis stipulatio esse contracta: quo sensu declaratur eam sententiam ad id de quo quæritur, appositissime adhiberi. Alterum: non minus & hoc per se verum esse, conventionem quæ hic proponitur, ita stipulationi inesse, ut volumus: idest, ita inesse, ut quod amplius con-

continetur stipulationis verbis, quam pacto cautum est, id nec stipulatione cautum videatur: quod intelligi ad id de quo nunc agitur, est satis. Restabat tertium ex tribus propositis, quæ circa hoc dictum quærenda esse diximus, utrum generaliter & in universum recte dicatur, pacta quævis in continenti facta inesse stipulationi. Sed hoc a proposita quæstione & instituto Pauli paulo est alienius. Ut enim dederimus non recte in universum dici: tamen de superiore confirmatione nihil mutat: cum etsi alibi falsum esset; tamen in hoc genere pacti, de quo agitur, vere dicatur, ut ostendimus. Quia tamen ad generalitatem definitionis intelligendam pertinet, ita visum est de eo dicere, ut quæstionem in extremum locum huius interpretationis reiiceremus, ne cœpta Pauli disputatio interrumpatur.

Pactum autem quod subiectum est] Cum de cautione supra scripta in auditorio Papiniani præfecti prætorio, eiusdemque in hac cognitione iudicis agitaretur: re, ut fit in quæstionibus dubiis, in consilium vocata, ibi Paulus rogatus sententiam, ut Assessorum officium erat, sententiam eam dixerat, quam supra posuit (hunc enim cum Ulpiano Papiniani assessorem fuisse Lampridius scribit in Alexandro: sententiam autem in eo iudicio tum dictam & disceptatam esse ipse Paulus ostendit, cum refert ibi suam sententiam obtinuisse). Sed alii iidem rogati sententias ex eodem numero, ut mos erat, a Paulo dissenserunt. Etsi autem sententia Pauli obtinuerat, ut eum postea referre diximus: tamen ne non recte ipse tum sensisse, aut temere ea sententia obtinuisse existimetur, sic sententiam suam nunc confirmat, ut dissentientium sententiam proponat, eiusque sententiæ rationes, & eas ordine refutet. Dissentientes plures videri possunt, cum ait: *quidam dicebant*. Sed hunc unum fuisse postea aperte indicat illis verbis: *etsi ut ille dicebat*. Sic enim utrumque in pand. Flo. legitur. Nec quidquam caussæ est, cur hæc tanquam contraria sic emendemus, ut aut utrumque numero plurali, aut utrumque numero singulari legamus: initio enim numerus pro numero positus est, vitandæ offensionis caussa, ut existimo, ne quisquam peculiariter videretur notari. Estque in eo ἐναλλαγὴ numeri auctoribus usitata. Si quid autem id ad rem pertinet, probabile est hunc fuisse Ulpianum: non solum quia hic una & Papiniani assessor fuit, ut dixi; sed etiam quia digna Ulpiani persona visa est, adversus cuius sententiam paulo accuratiore responsione Pauli sententia confirmaretur. Plures tamen hic fuerint, an unus, & utrum hic Ulpianus fuerit, an alius: cum ad quæstionem nihil pertineat, laborandum non puto: magisque superiora a me posita sunt, quo narrationi a Paulo hic insertæ fides & ratio constaret, quam quod putarem ea quidquam ad rem facere. † 17
Quicunque ergo aut quotcunque in hac quæstione a Paulo dissenserint, eorum sententia contraria hæc fuit, quam exponit in illis verbis, *& ideo, non soluta*, inquit, *pecunia:* quam modo commemoraverat, idest, totius sortis: & non soluta *statutis pensionibus*, idest, his temporibus, quæ ad singulas pensiones solvendas statuta erant, idest, sorte singulis mensibus non soluta: tum *usuras deberi:* intellige, eius sortis; *ex die stipulationis*, idest, ex die stipulatione comprehenso (is enim dies proprie stipulationis dicendus est, quem stipulatio continet, & hac ratione sibi proprium habet; non dies interpositæ stipulationis) atque ita usuras deberi, *atque si nominatim* conventione *id esset expressum*. Itaque breviter hæc eorum sententia fuit: singulis quidem mensibus nihil nisi trecentos denarios ex sorte peti posse propter conventionem: sed tamen si singulis mensibus sors tota ultro soluta non fit, non trecentorum solum denariorum qui soluti non fuerint, usuras deberi, sed totius sortis. Ratio: quia usurarum stipulatio ab initio ita concepta est, ut sorte non soluta totius sortis promitterentur usuræ: neque ab ea stipulatione postea conventione recessum est. Hoc recte, & vere, si modo ab ea stipulatione recessum non sit posteriore conventione. Quæstio ergo, ut dixi, an recessum sit. Itaque ut Paulus prius probaverat ab ea fuisse recessum: sic isti contra probabant ab ea recessum non esse: quorum argumenta hic Paulus recitat: atque hæc duo sunt. Primum, quod pactum quod subiectum est, ad usurarum stipulationem non pertineat, idest, quod de usurarum stipulatione mutanda eo pacto nihil convenerit. Deinde quod id pactum ne stipulationem quidem sortis immutarit; propterea quod profit tantum pactum ad exceptionem. Prius verbis pacti defenditur: pactum enim de sorte solum dividenda interpositum est, nulla mentione facta usurarum. Hinc effici volebant, eum qui necessitatem totius sortis semel præstandæ remisit, de necessitate usurarum totius sortis nihil remisisse: nec omnino abs re. Nam ipso etiam auctore Paulo, pactum in una re factum in alia re nocere non debet. *L. si unus, §. pacta, ver. ante omnia*,

omnia, supr. de pact. Posterius argumentum hanc vim habet. Dicat enim aliquis id pactum ideo satis ad stipulationem usurarum mutandam pertinere, quia stipulatio sortis eo pacto mutata sit. Occurrebant huic defensioni adversarii posteriore hoc argumento. Ostendebant enim hoc pactum ne stipulationem quidem sortis immutasse: argumento esse, quod conventio tantum ad exceptionem prodesset, ut regula iuris effici videtur. *L. iuris gentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, supr. de pact. L. legem, C. de pact.* Exceptio probat actionem ex stipulatione de tota sorte ipso iure semper mansisse: cum non sit exceptio, nisi adversus actionem iure civili constitutam. *§. 1. & seqq. Inst. de excep.* Quod si cum stipulationem sortis pacto renovatam concederemus, ne tum quidem ab usurarum stipulatione recessum esset: multo magis idem probandum erit, si, ut nunc, probetur stipulationem sortis pacto sublatam non fuisse. Ad hæc Paulus ita respondet, ut in posteriore diluendo aperte solum occupetur, ratus quod res est, hoc everso, prius sua sponte concidere, ut postea patebit.

Sed cum sortis petitio.] Sensus est: Si in proposito stipulatio sortis ipso iure mutata esset, ita, ut secundum conventionem non amplius quam trecenti denarii menstrui promissi viderentur; non negant adversarii eam conditionem stipulationis futuram fuisse, ut nec amplius ex ea, quam trecentorum illorum non solutorum deberentur usuræ. Nunc ideo volunt stipulationem usurarum manere, quia sortis stipulatio ipso iure non sit sublata. Interim concedunt, quod & negari non potest, eo pacto quod secutum est, petitionem sortis esse dilatam. Atqui hoc eodem redit: hoc enim concesso, *consequens est*, inquit, *ut usuræ ex eo tempore, quo debitor moram fecit, accedant*: ex eo, inquam, solo, non ex alio; proinde ut tandiu totius sortis usuræ non debeantur, quandiu singulæ pensiones menstruæ ex conventione solvi possunt. Dilata enim per id tempus petitione sortis, non fit mora in tota sorte solvenda prius, quam id tempus præterierit, ideoque & interim totius sortis usuræ cessant. Sed cur dilata petitione sortis hoc est consequens? apparet hanc rationem a Paulo reddi, quia interim debitor in sorte solvenda moram non faciat: *ex eo solum tempore*, inquit, *quo moram fecit, usuræ accedunt*. De qua ratione paulo post. Reliquam eius defensionem pertexamus. Et nihil ad rem pertinere ostendit, quod dicunt adversarii dilatam quidem esse sortis petitionem, sed dilatam esse per exceptionem; non ipso iure, quia pactum ad exceptionem tantum prosit. Etsi hoc ita esset, inquit (quod tamen secus est, & diversa sententia in iudicio obtinuit) tamen non modo hoc eos nihil adiuvat; sed etiam hoc admisso consequens est non tantum usuras totius sortis interim peti utiliter non posse, quod iam diximus; sed hoc amplius, interim obligationem earum usurarum non committi: non dico effectu propter exceptionem, sed ipso iure: idest, eas usuras ipso iure non deberi. Sic enim dicitur committi stipulatio conditionalis, cum conditione eius exsistente, ex ea iure debetur quod cautum est. *§. sub conditione, Inst. de ver. obl.* Idque fieri vult Paulus eadem illa ratione, quam prius reddidit: quia quocunque modo petitio sortis dilata sit, non sit in mora debitor, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

In hac responsione duo in disquisitionem vocantur. Unum, quam recte ex superiore ratione colligat usuras totius sortis non deberi. Alterum, quam recte dicatur stipulatio usurarum ipso iure non committi: cum sortis stipulationem ipso iure non mutari concedat. Nam quod ad prius attinet, an non vitiose colligi videtur, ideo totius sortis usuras in proposito non deberi, quia debitor in tota sorte solvenda moram non faciat? Hoc enim non aliter consequens est, † quam si po- 18
suerimus usuras sortis in proposito non deberi ab eo, qui in sorte moram non fecerit. Quid ergo, an usuræ sortis nisi ex mora deberi non possunt? Hoc vero si Paulus diceret, non tantum aperte fallum diceret, sed etiam a se ipso turpiter refelleretur, qui statim post contrarium scribat in extremo huius responsi. Finge datam esse pecuniam mutuam solvendam post triennium, & interim usuras pecuniæ esse promissas: quis dubitet recte promissas, & promissas deberi? Si interim præstantur, recte ut usuras præstari convenit, nec repeti possunt. *L. qui Romæ, in pr. infr. de verb. obl. L. qui in futurum, in pr. supr. de pact.* Quare & stipulatione recte promittuntur. *L. 4. C. de cond. ind.* Et tamen per tempus statutum sortem peti non posse constat, eoque & promissorem interim moram non facere: quia *non sit in mora is, a quo propter exceptionem peti non potest*, ut hic scriptum est. Cur ergo, inquam, hic negat Paulus usuras sortis ideo deberi, quia debitor moram non faciat? Non utique quia in universum sine mora usuræ deberi non possint; sed

quia

quia in proposito non possint, ut erat concepta stipulatio usurarum. Hæc enim erat conditio stipulationis: *si sors sua die data soluta non esset*. Quod valet, si in ea solvenda mora facta esset: fit enim mora, cum sua die pecunia non solvitur. *L. hominem, in fi. infr. mand.* Sic ergo explicatius recte colligas: ex stipulatione usurarum proposita debentur hac conditione usuræ sortis, si debitor in sorte solvenda moram fecerit. Conventione autem quæ postea secuta est, fit ut debitor per eos menses quibus statutæ pensiones refundi ex pacto debuerunt, in sorte solvenda moram non faciat: etsi maxime quis dixerit hac conventione a stipulatione recessum esse solum per exceptionem, ut adversarii volunt. Proinde sorte per eos menses non soluta, sortis usuræ ex stipulatione non debentur, etiam ex adversariorum concessione; sed tantum statutarum pensionum, quæ solutæ non fuerint.

19 Venio ad illud † alterum, quo Paulus ait, etiam si dederimus pacto, quod secutum est, petitionem sortis tantum per exceptionem differri: tamen hinc effici, ut obligatio usurarum totius sortis etiam ipso iure non committatur. Per exceptionem si diceret differri petitionem usurarum totius sortis, ut & differri dicit totius sortis petitionem: res minus haberet dubitationis. Nunc autem vult per exceptionem solum sortem peti non posse, usuras autem totius sortis non posse ipso iure. Quod contra naturam stipulationis usurarum constitui videtur: & maxime eius, qua usura ut pœna promittitur, ut hic factum est. Nam huius generis stipulatio accessio est quodammodo stipulationis sortis: certe hac sublata, illa tollitur. *L. eos, in pr. C. de usur. L. 2. supr. si quis caut.* Sic autem stipulationis accessoriæ natura est, ut sequatur conditionem principalis eius, cui accedit. *L. si enim, §. qui iniuriarum, supr. si quis caut.* Consentaneum erat igitur, ut dilata sortis petitione per exceptionem, diceremus quidem differri petitionem usurarum; sed differri eodem modo, nimirum per exceptionem, non ipso iure, contra quam Paulus statuit. Quid si etiam absurdum est ita constitui? Plane enim absurdum videri potest dici conventionem, quæ de usuris nominatim facta non est, plus efficere in stipulatione usurarum, quam in stipulatione sortis, de qua nominatim est interposita. Et omnino ita iudicari oporteret, si in utraque stipulatione eadem caussa differret petitionem: quod secus est. In stipulatione sortis petitionem sortis differt conventio secuta, non stipulationis conditio: nam stipulatio non fuit conditionalis. Potest autem petitio pacto differri solum per exceptionem, ut nunc fieri adversariis concedi volumus. At petitionem usurarum in proposito differt proprie non conventio de sorte interposita, sed conditio stipulationi usurarum inserta. Hæc si non existit, iure ipso hoc evenit, ut stipulatio non committatur. *d. §. sub conditione, Inst. de verb. oblig.* Simul autem atque pacto dilata sortis petitio est, fit, ut conditio usurarum existere non possit: quippe dilata petitione sortis, promissor in ea moram non facit. Mora porro non facta, conditio stipulationis usurarum non existit: si quidem hæc fuit conditio, si promissor sua die sortem non solveret: Idest, si in ea suo tempore solvenda moram faceret, ut ostendi. Ita in hac specie conventio quidem caussam attulit, cur conditio usurarum totius sortis non exsisteret: non tamen conventio est in caussa, cur usuræ ipso iure non debeantur, sed defectus conditionis, sub qua illæ debebantur. Illa legitimæ huius dilationis caussa est, sed remota; hæc proxima, eoque propria, quod conditio usurarum deficit. Oratio concisior Pauli, qualis eius esse consuevit, hoc loco obscuritatem peperit. Cur enim diceret stipulationem usurarum totius sortis etiam ipso iure non committi, quamvis quis concederet pactum ad exceptionem tantum prodesse, solum hanc rationem reddidit: *quia in mora non est is a quo pecuniam propter exceptionem peti non potest*. In quo notas partes argumentationis reliquas prætermisit, tanquam quæ ab attento facile intelligi possent. At hæ non statim percipiuntur ab omnibus: quæ res locum obscuriorem fecit. Res esset planissima, si plena argumentatione ita scripsisset: Quoties sub conditione quid promissum est, conditione non exsistente, stipulatio ipso iure committi non potest. In proposito usuræ totius sortis promissæ sunt sub conditione, quæ conditio non exstitit. Igitur usuræ totius sortis ex ea stipulatione deberi non possunt. Deinde conditionem hic non exstitisse probasset hoc modo: ut diceret conditionem stipulationis usurarum fuisse hanc, si mora in sorte solvenda facta esset: moram autem in eo non esse factam, effici ipsa adversariorum confessione: quia in mora non sit is, a quo pecunia vel propter exceptionem peti non potuit. Sed Paulus brevitati studens solum hoc postremum posuit; de reliquis partibus argumentationis vel exprimendis, vel probandis

dis non laboravit; quia non putavit necesse, ut quas partim ex conceptione ipsa stipulationis, partim iure certo non solum pro notis, sed etiam apud adversarios confessis habuerit. Iam primum si usurarum stipulatio spectatur, dubitari non potest, quin sit sub conditione. Ne illud quidem, quin vi ipsa hæc conditio sit, si promissor in sorte solvenda moram non fecerit; cum hæc verba, *si sors sua die soluta non sit*, hanc significationem habeant, ut ostendi. Itaque hæc ponere, quæ ex stipulatione manifesta essent, supervacuum putavit. Sed & illud pro confesso sumpsit, quoties sub conditione stipulatio facta est, conditione non exsistente, stipulationem non committi: est enim iuris explorati; *d. §. sub conditione, Inst. de ver. obl.* ut ne id quidem aut ponere, aut positum probare opus fuerit. Solum ergo ei restabat, ut probaret in proposito non extitisse stipulationis usurarum conditionem, idest, moram in sorte factam non esse. Huius rei probationem cum illi ipsa adversariorum confessio suppeditaret: ideirco hoc arripuit ad certiorem confutationem, ut sua ipsorum concessione illos convinceret; idque est, quod solum posuit. Concedunt enim illi pactum quod hic secutum est, ad exceptionem prodesse; idest, efficere, ut exceptione debitori huic parta, sors
20 ab eo utiliter peti non possit. † Satis hoc est, ut probetur eum in sorte solvenda moram non facere, id quod quærimus. *Non enim*, inquit, *in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Quæ & ipsa sententia certi iuris est. Nam si tota sors a debitore peti ipso iure non posset, citra controversiam is moram non faceret. *L. si pupillus, infr. de ver. obl. L. nulla, infr. de reg. iur.* Ergo nec tunc faciet, cum ab eo peti non poterit propter exceptionem quam habeat. Nihil enim interest iuxta regulam iuris, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, infr. de reg. iur.* Statuitur eadem sententia ab Ulpiano in *L. sciendum, infr. de usur.* Summa est; usuras hic deberi sub conditione, si mora in sorte solvenda a promissore facta sit; pacto de tota sorte non solvenda postea interposito fieri, ne in ea solvenda promissor moram faciat; idcirco nec usuras totius sortis deberi, & quidem ita non deberi, ut nec ipso iure committatur stipulatio. Quo intellecto, etiam me tacente intelligitur nihil huic sententiæ adversari, quod dicitur, pacto convento ipso iure stipulationem non tolli, sed solum infirmari per exceptionem. *L. si unus, §. pactus, supr. de pact.* Non enim magis confirmare possumus usurarum stipulationem pacto non tolli, quam hoc ipso, quod dicimus pacto fieri, ne contrahatur; quoniam quæ contracta non est, idest, quæ nulla est, ea per rerum naturam tolli non potest. *L. 5. infr. de in. rup.* Hoc autem responso eum in priore parte, tum in posteriore satis aperte respondet Paulus de eo, quod adversarii dicebant: pactum, quod subiectum est, ad solutionem usurarum non pertinere: falsum nimirum id esse. Verbis namque non pertinet; at vi & potestate ita pertinet, ut sortis hoc pacto sublata petitione, licet per exceptionem, usurarum sortis petitio inhibeatur etiam ipso iure; ac quam necesse sit id fieri satis supra demonstratum est. Neque eum hoc dicit, metuendum est ne obstet illud, quod ab eo traditum adversus ipsum referri potest: pactum in una re factum in alia re non nocere. *L. si unus, §. pacta, vers. ante omnia, supr. de pact.* Nam primum vere dicetur, quod supra iam in *vers. dicebam*, respondi, de alia re principali hoc dictum esse; non de accessionibus rei principalis eius, de qua pacto cautum est: quia principali caussa sublata non fit accessionibus locus. *L. cum principalis, infr. de reg. iur.* Qualem esse stipulationem usurarum traditur in *L. eos, in pr. C. de usur.* idque sine hæsitatione recte respondetur, ubi defenditur principalem stipulationem sortis ipso iure pacto mutatam esse, ut initio huius responsi Paulum facere diximus. Sed ut quis concedat eo pacto quod secutum est, petitionem sortis non esse dilatam ipso iure, sed tantum per exceptionem, ut nunc Paulus largitur adversariis; est tamen etiam alia, nec minus expedita ratio, cur existimetur adversus superius illud dictum nihil hic fieri: quia nec pactum quod de sorte interpositum est, per se & ut pactum in usuris noceat. Quod enim hæ peti non possunt, proprie non fit pacto; sed quia post id pactum conditio stipulationis usurarum non exstitit: ut sic defectus conditionis noceat, non conventio, ut paulo ante pluribus disseruimus. Quod nisi ita esset, petitio usurarum hoc pacto non mutaretur ipso iure; sed solum per exceptionem, ut in petitione sortis fieri concedit Paulus. Neque enim idem pactum in utraque stipulatione aliud atque aliud efficeret. † Atque hæc 21
de sententia Pauli, eiusque confirmatione in proposita quæstione dicta sunt. Ex quibus perspici potest, quam sit sententia non dico ingeniosa, quod quidem seipsum ostendit, ut quæ ipsis etiam adversariis ex

Neque

sua

ſua conceſſione extorqueat confeſſionem; ſed quod magis ad rem pertinet, vera & plena æquitatis. Scio & ſuperiore memoria & noſtra extitiſſe viros doctos, quibus hoc reſponſum non uſque adeo probaretur, videreturque ſubtilius, quam verius. Sed niſi me fallunt ea, quæ ſcripſi, ſpes eſt his lectis & diligentius expenſis impetrare poſſe Paulum ab his qui contra ſentiunt, ut de ſententia ſua aliquid remittant. Mea quidem ſic ratio eſt (dico tantum quod ſentio, quod ſine cuiuſquam etiam leviore offenſione dictum velim) non modo ſententiam ſuperiorem Pauli ſubtilitatis & verſutiæ nomine non damnandam aut eiiciendam mihi videri; ſed etiam talem eſſe, quæ ſi in libris noſtris nuſquam ſcripta extaret, tamen ultro accerſenda & amplectanda a nobis fuerit, cum propter ingenii acumen, tum propter manifeſtam æquitatem. Fateor multum decedere creditori hac conventione de ſumma uſurarum ſortis: multum enim intereſt inter ter mille ſeptingentorum quinquaginta denariorum, & inter trecentorum tantum denariorum uſuras. Addo etiam, ſi quis ita vult, magnam in hac deceſſione iacturam creditorem facere. Sed quid refert, ſi uſuras creditor voluntate ſua remiſit? Licet unicuique ſui iuris perſecutionem, aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere. *L. pactum, ſupr. de pact.* Et cur creditori non liceret partem remittere uſurarum ſortis, cui ab initio totam ſortem ſine fœnore mutuam dare licuit? Nam quod dicitur iniquum eſſe, damnoſum eſſe cuiquam officium ſuum: *L. ſi ſervus, §. quod vero, infr. de fur.* de invito dictum eſt. Si quis autem voluit ſibi damnoſum eſſe, ei poſſe eſſe damnoſum certiſſimo argumento eſt, quod qui partem uſurarum remiſit, etiam totam ſortem donare potuit. In quo nulla eſt fraudatio: non enim fraudantur, qui ſciunt & conſentiunt. *L. nemo videtur, infr. de reg. iur.* Solum hoc videndum eſt in propoſito, an creditor uſurarum ſortis petitionem remiſerit. Sed qui totius ſortis petitionem pacto remiſit, parum honeſte cauſſabitur in hac ſpecie ſe de uſuris ſortis non cogitaſſe. Nam cum hic uſurarum conditio ex ſortis quantitate, & creditoris mora pendeat, ut oſtendimus: conſequens eſt ſortis petitione, aut creditoris mora pacto ſublata, eodem pacto itidem uſurarum petitionem remiſſam videri. Ut ſi quis paciſceretur, ne a debitore peteret, idem & de pignoribus reliquiſque acceſſionibus liberandis caviſſe intelligeretur, eaſque liberaret. *L. ſolvitur, infr. quib. mo. pig. vel hyp. ſol. L. exceptiones quæ, infr. de excep.* Quod verborum vi, & neceſſaria conſequentia continetur, id ſatis verbis ipſis contineri intelligitur. Nec ferendus eſt quiſquam, qui generaliter quid pactus, cauſſatur poſtea ſe de aliqua re ad eam generalitatem pertinente non ſenſiſſe. *L. non eſt, ſupr. de tranſ. L. quidquid, infr. de ver. obl.* Si voluiſſet creditor, ſortis præſtationem remittendo, nihilominus uſurarum totius ſortis obligationem manere: erat in eius poteſtate & de eo nominatim ſibi cavere. Quod ſi feciſſet, rata eſſet conventio, ut mox ſequitur in extremo. Quia non fecit, verbis eum & naturæ rerum debitarum ſtare oportet.

Sed si quantitatem] † Quoniam 22
prius dixerat, uſuras in ſpecie propoſita ex mora tantum accedere, & id, ſi generaliter dicatur, falſum eſt: ideo Paulus hic docet, quod dixerat, quomodo accipi velit. Ait igitur tunc ſolum id verum eſſe, cum uſuræ ex mora promiſſæ ſunt ſimpliciter, ut hic factum eſt. Cæterum conventionem ſervandam eſſe, ſi nominatim ſtipulatione comprehenſum erit, ut mora facta, non tantum ex mora uſuræ præſtarentur; ſed etiam ea quantitas quæ medio tempore colligitur, ut ipſe loquitur: ideſt, eæ uſuræ, quæ colliguntur eo tempore, quod inter ſtipulationem interpoſitam & moram intercedit. In ſumma hoc ſentit, ſtipulatione effici poſſe, ut mora facta, præſtentur uſuræ non tantum ex eo tempore, quo mora facta eſt; ſed etiam retroverſus ex die interpoſitæ ſtipulationis. Id probat exemplo fructuum. Nam ſi ſtipuler a te fundum Tuſculanum Calendis mihi dari; & niſi dederis, tunc eo amplius ſtipuler fructus mihi dari, qui ex die ſtipulationis interpoſitæ nati erunt: valet ſtipulatio, & quandoque mora facta, etiam præteriti temporis fructus peti poſſunt. arg. in *L. huiuſmodi, infr. de ver. obl.* Quocirca & in uſuris idem admittendum eſt: nam uſuræ vicem fructuum obtinent. *L. uſuræ, infr. de uſur.*

Quam sententiam in universum habeat illud Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse.] † Supereſt, quod in hunc locum reiecimus, ut paulo pluribus explicemus dictum 23
illud Pauli, pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe: quæramuſque, an uti generaliter ſcriptum eſt, ita in univerſum verum ſit, & quid ſit hoc *ineſſe*. Quæſtio hinc maxime naſcitur, quod alibi pro regula traditum legimus, pacta conventa in continenti facta ex parte actoris ſeu ad actionem pariendam ineſſe: ſed hoc addito,

dito, *in bonæ fidei iudiciis*. L. iuriſgentium, § *quinimo*, *ſupr. de pact.* & quod idem valet, pacta in continenti facta in bonæ fidei iudiciis parere actiones. *L. in bonæ*, *C. de pact.* Hæc adiectio, *in bonæ fidei iudiciis*, hanc vim habet, ut declaretur in ſtrictis iudiciis non idem iuris eſſe. Idque ex ſimilibus orationibus intelligi poteſt. Cum enim dicitur in bonæ fidei contractibus uſuras ex mora deberi; *L. mora*, *§. in bonæ*, *infr. de uſur.* hoc ſignificatur deberi in bonæ fidei, non in ſtricti iuris iudiciis: nam in his non debentur niſi per ſtipulationem. *L. 3. C. de uſur.* Item cum dicitur, exceptiones ineſſe bonæ fidei iudiciis: *L. 3. infr. de reſc. vend.* hoc dici intelligimus, in his ſolum ineſſe, non etiam in ſtrictis iudiciis: quoniam in ſtricta iudicia non veniunt exceptiones niſi nominatim conteſtatæ. *L. præſcriptionem*, *L. ſi quidem*, *C. de exc.* Et certe ſupervacuum & ineptum eſt de bonæ fidei iudiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter inſunt omnibus contractibus, quibus ſubiiciuntur. Atqui hoc ſi ita eſt, ut ſuperiore definitione iudicia ſtricta excludantur: contrarium erit, quod hic generaliter traditur, pacta in continenti facta ineſſe ſtipulationi: ſi quidem uti ſcriptum eſt, ita & generaliter accipitur. Nam ſtipulationem ſtricti iudicii eſſe conſtat. *L. in actionibus*, *in fin.* & *L. alias*, *ſeq. infr. de in lit. iur.* Quæ inter ſe conciliandi una ex his duabus ratio eſt, vel ut fatentes ſuperiore definitione iudicia ſtricta excludi, ad eam ſententiam revocemus dictum Pauli hoc loco, negemusque generaliter eſſe accipiendum, certe non de his pactis, quæ compoſita ſunt ad aliquid aliud petendum: vel contra dictum Pauli generaliter, uti verba ſunt, accipientes, ſic interpretemur, quod dicitur pacta in continenti facta ineſſe in bonæ fidei iudiciis ad actionem: ut dicamus bonæ fidei contractuum mentionem fieri, quia in his maxime ea pacta inſint: non ideo, ut iudicia ſtricta removeantur. Ita ex omnibus his inter ſe coniunctis locis effici hanc definitionem: pacta in continenti facta pariter ineſſe contractibus omnibus, quibus accedunt. Et habet utraque pars ſuos defenſores. Utrum ergo faciendum ſit, quæritur. Id ita intelligetur, ſi de dicto Pauli in univerſum, ut propoſui, dixerimus: videamusque utrum pacta omnia Paulus intelligat, an non omnia: tum quæ natura ineſſe poſſint, aut non poſſint, & quid ſit, ineſſe. Ego ſic ſtatuo, duo genera eſſe pactorum, quorum unum ineſſe poſſit ſtipulationi, & inſit re vera, ſi pacta in continenti facta ſint: alterum quandocunque interpoſitum ſit, non poſſit ſtipulationi ineſſe, ac de hoc Paulum non ſentire. Id autem cum ſit genus illud, quod illa altera definitione veterum excludatur: hinc fieri, ut ſimul illius veram ſententiam recte retineas; neque tamen dictum Pauli cum illa definitione pugnare intelligatur. † Quæcunque 24
pacta fiunt de eadem re quæ ſtipulatione comprehenſa eſt, ſive hæc detrahant aliquid de ſumma præcedente, ſive detrahant ſtipulationi diem aut conditionem, ſive hæc duo ſtipulationi adiiciant: omnia ſunt huiuſmodi, ut ſi in continenti, id eſt, ſtatim & ſine intervallo ſtipulationi ſubiiciantur, recte dicantur ſtipulationi ineſſe. Quæ de ſumma promiſſa quid detrahunt, ea ineſſe oſtendit exemplum, quod hic proponitur; quod de ſorte promiſſa tantum detrahit, ut pro ter mille ſeptingentis quinquaginta denariis ſolum refundi debeant denarii treceni: neque hoc ſtipulationi ſortis ineſſe Paulus ait. Ineſſe & illa, quæ diem adiiciunt aut conditionem, idem exemplum declarat. In quo cum prius ex ſtipulatione ſors pure deberetur: ſumma deinde pacto diviſa eſt, & ſingulis penſionibus ſinguli menſes conſtituti: quam & dilationem Paulus ait ſtipulationi ineſſe. Quibus autem pactis detrahitur ſtipulationi dies aut conditio: hæc ut inſint eadem ratio efficit, quæ facit, ut inſint ea quibus de ſumma ipſa aliquid detrahitur: de quo mox. Ineſſe ſtipulationi, ut verbum oſtendit, & ſupra diximus, eſt ſtipulatione contineri, ſtipulationis partem eſſe, perinde pacta haberi, quaſi hæc ipſa in ſtipulationem iam a principio veniſſent. Atque hoc ſi factum eſſet, quæ ſtipulationis forma futura eſſet, videamus. Nempe conſequens eſſet ut renovata priore ſtipulatione perinde eſſet, ac ſi ſecundum formam eorum ſtipulatio eſſet contracta, ut tantum contineretur ſtipulatione, quantum efficit conventio, nec amplius. Id ipſum ergo nunc dici intelligamus. Quapropter ſi breviter dicendum eſt, cum ſuperiora pacta hoc loco ſtipulationi ineſſe dicimus, hoc ſignificatur; his pactis ita renovatam eſſe ipſo iure ſtipulationem ad quam pertinent, ut quod pacto detrahitur ei ſtipulationi, perinde ſit, quaſi nec veniſſet in ſtipulationem, ſive ſumma detrahatur, ſive dies aut conditio. Quod autem eadem re promiſſa manente adiicitur, ut cum adiicitur dies aut conditio: hoc ipſum iam a principio ſtipulationi ineſſe intelligatur: ut iam his pactis, ſi pro reo ſint, non defendatur reus

per exceptionem, sed ipsamet stipulatione, atque ita ipso iure; si pro actore, ut cum dies detrahitur: ipso iure dilationem & huius exceptionem reo adimam. Cur id placeat, prima fronte mirum atque adeo naturæ repugnans videri potest: cum si quid stipulationis verbis comprehensum est, fieri non possit, quin sit comprehensum: facta enim infecta fieri non possunt. *L. in bello*, *§. factæ*, *infr. de capt.* & contra, quæ stipulationis verbis comprehensa non sunt, natura stipulationis prohibeat, quominus videantur in stipulationem venisse. Sed tamen huius iuris non ita obscura ratio est, si quis attendit. Intelligi enim debet, omnia hæc pacta de quibus dixi, esse huiusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis. Nam & tunc cum dies aut conditio adiicitur, verbis adiicitur aliquid; re autem vera est maxime quod detrahatur. Detrahitur enim stipulatori totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit, quo nulla dilatione data aut conditione adiecta statim pecunia peti poterat. Hoc intellecto recte dicemus, omnia stipulationi ipso iure detrahere, seu efficere, ut quod his in continenti factis stipulationi detrahitur, iure videatur nec deductum esse in stipulationem; idque non modo non contra, sed maxime secundum naturam. Nam ut supra attigimus, non est stipulatio id solum quod verbis continetur, sed quod constat etiam stipulantis & promittentis consensu. *d. L. continuus*, *§ 1. infr. de verb. oblig* Etsi igitur verum est fieri non posse, quin verbis stipulationis comprehensa sint, quæ constat esse comprehensa: non continuo tamen stipulatione comprehensa dixeris, quæ verbis continentur, si in his deest consensus: quoniam etiam consensu constat stipulatio. Porro cum pacto in continenti facto quid detrahitur, desinit sine intervallo in eo esse consensus. Quo fit, ut eo usque stipulatio ipso iure valere non possit, consensu detracto, quamvis verbis manentibus. Si hæc in summæ parte detracta recte dicuntur: non minus dicuntur recte, cum dies aut conditio detrahitur; cum non possint hæc valere nisi ex consensu. Ideo & pacta quæ de his detraheodis in continenti facta sunt, recte stipulationi inesse diximus. Certe hæc pacta, si statim stipulatori placeant, stipulationem aliam efficere dicuntur in *L. 1. §. si cui simpliciter*, *infr. de ver. ob.* Hoc autem idem valet, ut docuimus. Insunt ergo huiusmodi pacta in continenti facta stipulationi, ut Pauli definitio hoc loco concepta est. † Quid bonæ fidei 25
contractibus an non eodem modo inerunt ad contractum renovandum, etsi non in negotio gerendo, sed contractu iam perfecto, statim tamen & in continenti subiiciantur? Multo vero citius his inerunt, quam stipulationi; ut, si agatur de emptione, sive de summa pretii quid detrahatur, sive detrahatur dies, aut conditio, sive horum alterum adiiciatur, idque fiat in continenti, idest, statim post, quam emptio contracta est: perinde fit, atque si emptio ab initio ita contracta esset. Nam si quibus in contractibus pacta servanda sunt, hæc servanda sunt, & præcipue valent in bonæ fidei contractibus: cum nihil magis bonæ fidei congruat, quam fidem & pacta servari. *L. ex empto*, *infr. de act. em. L. 1. supr. de pact.* Qui fit igitur, ut hic solum dicantur inesse stipulationi? Duabus de caussis: Primum quia hic de stipulatione solum agebatur, & satis erat sententiam ponere proposito convenientem. Deinde de huiusmodi pactis agens Paulus & sentiens, quale est id, de quo agitur, non potuit eadem definitione uti in bonæ fidei contractibus, ut diceret pacta superiora in continenti facta bonæ fidei contractibus inesse. insunt enim illa quidem & his contractibus; sed non si in continenti facta sint solum, verum etiam etsi ex intervallo: ut puta, si quæ venditionem contractam pacta secuta sint, quæ venditioni quid detrahant, etsi sequantur ex intervallo, & quidem multo post: tamen venditioni inesse videntur: certum est enim saltem ea parere exceptionem. *L. in bonæ*, *C. de pact. L. 7. §. sed cum nulla*, *supr. de pact.* exceptiones autem pacti insunt bonæ fidei iudiciis. *L. 3. infr. de resc. vend.* ut consequens sit perinde esse, ac si ipsa venditio hæc pacta contineret. Et ideo Ulpianus in *d. L. 7. § quinimo*, *supr. de pact.* cum dicit pacta in continenti facta inesse bonæ fidei iudiciis, non simpliciter hoc dicit, sed ait inesse ea ad agendum, seu ex parte actoris; significans se hoc dicere de iis, quæ novæ rei præstationem adiiciunt, ad quam rem petendam actione sit opus, non etiam de iis quæ detrahunt. Et cur non item de his quæ detrahunt? quia, ut dixi, hæc insunt bonæ fidei iudiciis, sive ex continenti facta sint, sive ex intervallo; quod non itidem fit, si de stipulatione hæc interponantur. Atque hoc de iis pactis, quæ stipulationi detrahunt. † Quod si pacta obligationi adii- 26
cient; idest, de alia re præstanda facta erunt, præter eam quæ stipulatione contine-

tinetur: hæc vero dicimus ita stipulationi non inesse, ut nec possint. Quod ita me demonstrasse puto ad *L. in bona*, *C. de pact.* ut res hoc loco longiorem probationem non desideret: quia tamen locus postulat, & plerique rem in dubium vocant, paucis agam. Atque exemplo res plana fiet. Stipulatus sum a te fundum Tusculanum: deinde statim convenit inter nos sine nova stipulatione, ut Stichus accederet. Perspicuum est hoc pactum, seu Stichum pacto comprehensum priori stipulationi non magis inesse, quam rem aliam quamlibet de qua nihil convenerit. Quæ enim res inesse dicitur stipulationi, nisi quæ stipulatione continetur, & pars est stipulationis? Et quomodo stipulatione contineri, aut huius pars esse videri potest, quod in stipulationem deductum non fuit? præsertim cum ita sit stipulationis conditio, ut si quid ea contineri velimus, id palam verbis exprimi oporteat. *L. quidquid, infr. de verb. obl.* Atqui de Sticho nihil priore stipulatione cautum est, ac ne significatum quidem: nisi quis Stichum fundi verbo contineri existimat. Proinde hic priore stipulatione contineri non potest. Quod si non inest simpliciter hæc conventio stipulationi: palam est eam stipulationi non inesse ad actionem, idest, non ita inesse, ut ex stipulatione actionem pariat, & inde Stichus peti possit. Prius est enim, ut in stipulatione sit aliquid, quam ut peti possit ex stipulatione. Reliqua ad eam confirmationem pertinentia, quæ plura illic a me collecta sunt, hoc loco prætereo consulto, cum illinc peti possint.

Nunc de his locis, qui pro contraria sententia afferri solent, pauca dicam. In quibus tres esse video: *L. petens, C. de pact. L. si ita quis*, 135 § *Seia, infr. de ver. oblig.* & hunc locum: quorum de duobus reliquis facilior responsio est. Tertius hic ita verbis scriptus est, ut videatur præcidere omnem tergiversationem. Dicam tamen breviter de singulis eodem ordine, quo a me sunt propositi, ut facilius & certius ad huius, qui proponitur, explicatio-
27 nem perveniatur. † In *L. petens, C. de pact.* scriptum est: si quod pactum post stipulationem statim interpositum sit, ex stipulatione recte agi. Id omnes sic accipiunt: non ut possit agi ex stipulatione de alia re, quæ forte in eam stipulationem prius deducta erat, cum id fieri posset, etsi nullum omnino deinde pactum secutum esset; §. *de constituta, Inst. de act.* sed ut possit agi de eo ipso, de quo pactum interpositum est. Quod & ego ita recte accipi fateor. Sed observandum erat id dici eo rescripto non de omni pacto quod statim post interpositum sit; sed quod ita sit interpositum, ut & stipulatio eius placiti servandi caussa secuta sit. Sic enim verba sunt rescripti: *petens ex stipulatione, quæ placiti servandi caussa secuta est.* Ex huiusmodi stipulatione si petatur id, quod placito comprehensum est, recte id & iure fieri nemo negat. Tunc enim adhibetur stipulatio *placiti servandi caussa*, cum de eo ipso de quo præstando convenit, stipulatio fit, qua creditor id ipsum sibi dari fieri stipulatur, hoc modo: ea omnia quæ supra, aut infra scripta sunt, dare spondes? ut in *L. duo, infr. pro soc. L. pluribus, infr. de ver. obl.* Quod cum fit, nemo dubitat, quin iure ex stipulatione peti possit, quod pacto promissum erit: quia aperte id pactum verbis stipulationis comprehensum est. *L. quidquid, infr. de ver. ob.* Sed de eo nunc non quæritur. Agimus de eo pacto quod ita secutum sit statim stipulationem, ut tamen in stipulatum verbis deductum non sit. Negamus id stipulationi inesse, aut quod eo cautum est, id peti posse ex stipulatione. Quod unde certius, quam ex eodem illo rescripto probari potest? Hæc enim adiectio, *quæ placiti servandi caussa secuta est*, conditionem habet, si stipulatio placiti servandi caussa secuta est. *L. 6. infr. de legat.* 1. Ni sit igitur stipulatio secuta placiti servandi caussa, conditione ipsa rescripti superiore efficitur, id quod pacto promissum est, ex stipulatione peti non posse, & omnino id pactum ad actionem non prodesse, arg. in *L.* 1. *ver. huius rei, supr. de offi. eius.* † Citatur & pro contraria sen- 28
tentia *L. si ita quis*, 135. §. *Seia, infr. de ver. ob.* ubi proponitur Titius stipulatus esse a Seia hortos a Seia emptos sibi reddi, cum eorum pretium cum usuris Seiæ restituisset: deinde in continenti inter utrumque convenisse, ut intra Calendas Apriles primas Titius universam summam numeraret, & hortos acciperet. Quia scilicet dicitur hoc pactum in continenti stipulationem secutam esse, ideo volunt id pactum inesse stipulationi, & quidem ita, ut actionem informet ex stipulatione: nam si pactum ad actionem non valet, frustra proponi in continenti pactum subiectum esse. Sed constat eo loco non sic proponi istam conventionem: ut quæratur, an ex ea agi possit, & an Titia possit hortorum pretium post Calendas Aprilis petere: quod illa etiam ante petere potuit propria actione, nempe mandati, qua illi Titius tenebatur; sed an pretii offerendi pote-

potestas, quæ præcedente stipulatione infinite Titio data erat, mutata sit eo pacto, & conclusa intra Calendas Apriles ita, ut postea id pretium ad hortos petendos offerre non posset, nisi offerret his conditionibus, quas illic complectitur Scævola. Ita id pactum ad actionem prodesse ex eo loco statuere velle, sit aperte præter mentem & sententiam Scævolæ. Ego autem in commentariis ad eum locum hoc amplius planum feci, id pactum priori stipulationi inesse non posse. Si insit ulla ratione: attamen ad actionem inesse dici absurdum esse: cum res & conditiones contrahentium, stipulatione comprehensæ aperte in conventione ita mutentur, ut aliæ interveniant, & pene contrariæ. Quod usque adeo verum esse docui, ut secundum verba ne ad conditionem quidem præcedentis stipulationis mutandam quidquam ea conventio proficiat. Ut enim ex stipulatione potest Titius etiam post Calendas pretium offerre: ita potest etiam ex conventione. Dies namque conventioni adiectus, quo die pretium Titius numerare debeat, non facit, quominus & post eum diem, quod debet, possit offerre ac solvere, quantumvis intersit Seiæ pretium ante Calendas numerari: ut dicendum sit eo pacto non mutari potestatem offerendi stipulatione datam, si hæc pacto eadem constituitur. Hinc fieri, ut Titio post Calendas pretium & usuras offerenti ita, ut præscribit Scævola, non sit necesse præterea offerre id, quod Seiæ interest ad petitionem hortorum ex stipulatione acquirendam: quia dum conditioni stipulationis paretur, quæratur inde actio: in conditione autem nihil amplius fuerit, quam ut pretium & usuræ præstarentur. Nam quod illic in commentario adiectum legitur [etsi pretium dari deberet ex conventione; non ideo tamen mora facta, deberi Seiæ id, quod eius interest, quia in obligationibus dandi solum res promissa in obligationem veniat, non etiam id quod interest eam suo tempore datam esse] hic ego lectorem monitum volo additum esse a librario, cum deletum esset, aut ita scriptum, ut deleri oporteret. Aliter sentire me de eo quod certo die dari debet, neque datum est, testantur ea, quæ ex professo disserui in iisdem commentariis ad *L. si filiusfamilias*, *§. ult. in fi.* idque ex *L. si fundum certo*, *eod. tit. de ver. obl.* quod & multo ante scripseram in Commentario de usuris, item in Commentario de eo quod interest. Sed hæc obiter. Redeo ad Scævolam: apud quem dicimus proponi conventionem stipulationi subiectam, quæ nihil minus quam insit stipulationi ad actionem, ut suo loco ostendi. Cur igitur proponitur interposita in continenti? Primum nihil prohibet otiose id esse positum, sed tantum ideo quia a consultore propositum erat: cum tamen ad iuris rationem nihil referret, utrum ex continenti convenisset, an ex intervallo. Quod sæpe in responsis Scævolæ factum animadvertere possumus, ut in eodem illo *§. Seia*, cum quærit, an Titius possit post Calendas agere, si universam pecuniam obtulerit: sed præcipue in *§. Callimachus*, *& §. coheredes*, *L. qui Romæ*, *D. de ver. obl.* Tum autem ut hoc non temere additum concesserimus, sed ideo ut significetur conventionem stipulationi inesse: non tamen necesse est intelligi, ita inesse eam, ut actionem pariat: cum possit inesse tantum ad hoc, ut conditionem stipulationis præcedentis innovet. Quod ex sententia contrahentium illic fieri ibi diximus: ut scilicet cum infinita esset potestas pretii offerendi ex stipulatione, inciperet ex conventione pretium offerri posse solum intra Calendas. Certe Paulus hoc loco cum pactum subiectum stipulationi inesse dicit, non significat id actionem parere: cum non id agatur pacto, ut detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo quod datum oportuit, aliquid remittatur. Quid tamen, quod in *d. §. Seia*, dicitur Titius ex conventione superiore moram facere, si intra Calendas non offerat pretium cum usuris? Ex quo colligitur eo tempore ab eo peti posse: quia non fiat mora, ubi nulla petitio est. *L. nulla*, *infr. de reg. iur.* Et ibidem ostendi in extremo, moram non proprie ibi nominari; sed tantum notari eo verbo eam cessationem, quæ adversus conventionem proposita committeretur: quæ non proprie mora est, ubi id differtur, quod quidem iuxta conventionem dari debuit; iure tamen non fuit necesse, cum ex ea caussa peti non posset. † Restat hic locus, in 29
quo generaliter scriptum est, pacta in continenti facta stipulationi inesse: de cuius dicti interpretatione agimus. Ego quod scripsi ad *L. in bonæ*, *C. de pact.* idem nunc quoque de eo respondeo, de pactis eiusmodi accipi id debere, quale est id, de quo agitur: idest, de iis, quæ de eadem re interposita, obligationi præcedenti quid detrahunt; de his autem nec posse nec debere, quæ de alia re facta adiiciunt stipulationi, quod prius in ea non fuerit, ad quæ confirmanda actione est opus. Verba nobis opponuntur: generalis enim definitio est, pacta in continenti facta stipulationi inesse. Et de verbis idem quod illic

illic agnosco, si hæc sequimur, nihil aliud nobis reliqui, quam ut concedamus etiam ea pacta quæ adiiciunt, superiore definitione contineri: quoniam generali oratione species omnes comprehenduntur. *L. si servitus, supr. de ser. urb. præd. L. Mævius, §. duorum, infr. de legat.* 2. & cum concesserimus hæc illo dicto contineri: agnosco & illud concedendum esse, inesse illa stipulationi ad actionem pariendam ita, ut his subiectis peti possit ex stipulatione quod illis pactis comprehensum est: certum est enim ex stipulatione peti posse, quidquid stipulatione continetur. *L. quidquid, infr. de verb. obl.* Sed si de his pactis, quæ rem aliam adiiciunt, Paulus non sentit; aio verba spectanda non esse, sed mentem scriptoris & sententiam: itaque & de his dictum Pauli accipi non debere. Etsi enim cum lex generaliter loquitur, nec in rebus aut personis quidquam distinguit, etiam nos verba sequi, ac res omnes, omnesque personas accipere multis locis iubemur, ut *L. metum autem, 9. §. animadvertendum, supr. quod met. caus. L. item veniunt, §. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de pub. act.* tamen hactenus id faciendum esse convenit, nisi appareat aliud sensisse scriptorem. Semperque in omni scripto, dictove placet spectandum esse, non quod dictum, sed quod actum est; mentem denique & sententiam. Quod cum in contractibus receptum est: *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. iur. L. sed Celsus, §. 1. infr. de cont. em.* tum præcipue valet in legibus. *L. pen. sup. ad exh.* Nego autem superiore dicto Paulum sensisse de iis pactis, quæ adiiciunt, spectantque ad aliquid petendum, quod prius non esset in stipulatione. Primum quia alienum & ineptum sit de his dicere, cum ad quæstionem propositam nihil pertineat. Deinde quia si & hæc dicat stipulationi inesse, aperte sententia falsa sit. Quorum posterius cum concurrit, nunquam generalis oratio aut ratio sic accipitur in iure, & veterum scriptis, ut de eo auctor sensisse existimetur. Primum in stipulationibus ipsis constat, si quis ita interrogatus, *dabis Calendis, aut dabis, si navis ex Asia venerit,* respondeat simpliciter, *dabo:* responsionem generalem sic accipi, ut ad interrogatum referatur, videaturque promissor in eandem diem vel conditionem respondisse. *§. præterea, Inst. de inut. stip.* Sic in transactionibus, si generalis conventio transigendi caussa ita interposita sit, ut caveretur nihil amplius peti: placet sic conventionem accipi, quasi dictum esset, nihil eo nomine, de quo prius actum & tractatum est. *L. si de certa, C. de transf.* Hæc omnia ideo, quia ita mens est omnium loquentium, ut responsum ad id de quo prius interrogati sunt, & de quo prius actum est, referre soleant. Quod si fit in rebus contrahendis, & sermonibus hominum persæpe non ita intelligentium: quanto magis hanc mentem atque hunc morem in scriptis prudentium & consideratorum scriptorum accipi oportebit? Atqui alienum esse a quæstione hic proposita, inicere mentionem de his pactis, quæ de alia re præstanda fiunt, quam quæ stipulatione continetur: idest, quæ aliam rem adiiciunt, valentque ad actionem creditori pariendam, probatione non eget. Apparet enim proponi id pactum, quod detrahat de summa sortis promissæ, quodque reo tantum prodesse possit ad liberationem, creditori ad actionem nullo modo. Nam quatenus treceni denarii menstrui promittuntur conventione, nullam hinc actionem habet reus, sed potius eo magis obligatur; si tamen posset eo pacto magis obligari, quam ante tenebatur ex stipulatione, contra *L. quis bis, infr. de verb. obl.* Si cui hæc pars conventionis prodesse potest, solum potest creditori. Sed & huic est inutilis: qui enim prius totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit ex stipulatione & singularum partium actionem, Itaque hanc ex pacto non desiderat, qui eam habet ex stipulatione. Quatenus autem conventione id agitur, ut ex summa universa sortis non plures denarii singulis mensibus refundi debeant, quam treceni, quo spectat proposita conventio; hac parte ita est conventio pro reo, itaque pertinet ad eum liberandum præstatione totius sortis, ut actori nocere possit, proficere autem ei ad quid petendum per rerum naturam non possit. Quod ad debitorem ipsum attinet, sic illa ei proficit, ut tamen inde liberationem aut defensionem adversus priorem obligationem desideret, non actionem, quæ solius creditoris est, non rei. Ita sit omnino, ut posita quæstione de hoc pacto, non magis ad rem faciat, respondere de iis pactis quæ stipulationi adiiciunt, & ad actionem valent, quam convenit de reo interrogatum respondere de actore, aut interrogatum de defensione vel liberatione rei respondere de huius obligatione, seu de creditoris actione. Consentaneum est igitur, cum in hac quæstione ad vim pacti probandam hac ratione utitur, *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse*

esse creduntur, rationem sic accipi, quasi ita dixisset: dicebam, quia pacta huius generis, quale est hoc, quod proponitur, in continenti facta stipulationi inesse creduntur; & quæ sequuntur, ut responsio interrogationi congruat. Dici tamen potest nihil prohibere, quominus Paulus generalem sententiam de pactis omnibus posuerit, & tamen accommodate ad quæstionem propositam respondeat: quia ratio generalis huc spectet, ut ex ea facilius colligat eam speciem, de qua quæritur. Nemo enim negaverit sic recte colligi, & instituto convenienter: quia pacta omnia sive quæ adiiciunt, sive quæ detrahunt stipulationi, si in continenti fiant, stipulationi inesse creduntur; ideo hoc quod proponitur, cum ex eo genere sit, & maxime cum ad liberationem spectet, non ad obligationem, stipulationi priori sic inesse, ut eam renovet. Sed observandum est hoc loco non fuisse propositum Paulo probare hoc pactum quod detrahit, stipulationi inesse: id enim pro certo sumit; sed solum ostendere, si insit, quam vim id habeat ad præcedentem stipulationem renovandam. Ad quod probandum nihil fuit necesse iniicere sermonem de aliis pactis: cum satis fuerit id ponere, quod instituto conveniebat, huiusmodi pacta nimirum in continenti facta credi inesse stipulationi: ex quo efficiebatur id, quod de stipulatione renovata colligit. Demus tamen hæc hactenus de mente Pauli ex proposita hypothesi colligenda dici magis consentanee & probabiliter, quam necessario. At certe illud non dubitatur, quin ratio generalis certæ hypothesi subiecta intra metas quæstionis propositæ, idest, intra species similes includi debeat ex mente scriptoris, si longius producta, falsa sit. Cuius rei appositissimum exemplum occurrit in *L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Proponitur procurator domini vel tutor pupilli rem suam quasi domini vel pupilli alii tradidisse: quæritur, an recesserit ab eis dominium. Respondetur non recessisse, & nullam esse alienationem, addita hac ratione: quia nemo errans rem suam amittat. Hæc ratio generalis est: sed si ut verba sunt, ita accipitur, falsa est. Nam & qui indebitum per errorem solvit, errat: neque eo minus dominium rei suæ transfert, eoque amittit; alioqui vindicatio solui ei daretur, non condictio. *L. si dominus, infr. de cond. ind.* Quomodo igitur illud accipimus, neminem errantem rei suæ dominium amittere? Omnes concedunt ex specie & quæstione illic proposita sic accipiendum esse: ut errans intelligatur, qui eo modo erret, quo in specie facti propositum est: ut sit sensus, neminem errantem in dominio rei suæ, de qua quæstio posita erat, eius rei dominium amittere; cæterum qui in caussa tradendi errat, dum putat se ex iusta caussa debere, nihilominus transferet. At enim ratio generaliter scripta est, & verba omnem errantem continent. Sed placet, quod generalius dictum est, ad quæstionem propositam restringi debere, nempe ex sententia scriptoris: quæ non tantum ex eo colligitur, quod recte sit, si ratio quæstioni serviat, & intra septa eius contineatur; sed etiam quod non est verisimile auctorem peritum iuris de specie aliqua consultum pro ratione id posuisse, quod præterquam quod proposito non conveniret, etiam per se iuri adversaretur. Eiusdem generis exemplum occurrit in *L. ingenuum, supr.* de stat. ho. *Ingenuum*, inquit Ulpianus, *accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate habetur*. Hæc ratio sic accipienda est, quasi dictum esset: quia res iudicata in hac caussa pro veritate habetur: hic enim re vera habetur, ut & in aliis actionibus præiudicialibus. *L. 1. in fin. & L. 2. infr. de agn. lib.* In cæteris non habetur, nisi inter eos, inter quos iudicatum est: inter alios res iudicata aliis non nocet. *L. sæpe, infr. de re iud. tit. C. res in. al. act. vel iud. al. ne noc.* Similiter & de superiore ratione Pauli hoc loco iudicandum est. Proponitur pactum, quod præcedenti stipulationi fortis detrahebat: quæritur, an id in continenti subiectum stipulationem ipso iure renovet. Respondet Paulus renovare: & addit rationem superiori illi similem, idest, verbis generalem: *quia pacta*, inquit, *in continenti facta stipulationi inesse creduntur*. Etsi non dixit, pacta huiusmodi, seu pacta quæ sunt huic similia, de quo agitur; tamen hoc ideo intelligi debet, non solum quia de his dici ad propositi confirmationem satis est; sed etiam quia de aliis, quæ stipulationi rem novam adiiciunt, quæ præstari amplius debeat, idem dici nisi falso non potest. Neque huius rei longe petenda probatio est: cum enim stipulatio verbis conficiatur, tantumque in eam veniat, quantum verbis comprehensum est: *L. quidquid, infr. de verb. obl.* palam est, quæ res stipulationis verbis promissæ non sunt, eas stipulationi non inesse: si modo nihil aliud est stipulationi inesse, quam stipulatione contineri.

Sed

Sed si pacta in continenti stipulationis facta ad actionem non prosunt; consequens erit, dixerit aliquis, ea solum prodesse ad exceptionem quod hic Paulus negat. Esset hoc consequens, nisi inter actionem & exceptionem esset aliquid tertium, quod efficerent ea pacta, quæ in continenti facta detrahunt stipulationi. Hæc non prosunt ad actionem, quia nec his id agitur, ut quid detur, aut fiat. Sed nec prosunt ad exceptionem, quia his interpositis reo ad liberationem exceptione non est opus. Quid ergo? est hic tertium quiddam, quod Paulus hoc loco statuit, & simul statuendo exceptionem removet: si quidem ipso iure renovant stipulationem, ut actione inde iure sublata exceptioni non sit locus. §. 1. *& seqq. Inst. de exc.* Ergo actionem renovant, seu mutant hæc pacta in continenti facta: sed non ideo valent ad actionem pariendam. Quinimo quatenus ad liberandum reum hæc comparata sunt, eatenus actionem parere non possunt. At si pactum detrahens in continenti additum in actionem valet, ut eam mutet; quidni dicamus id quod adiicit, multo magis, aut certe itidem valere? Natura rerum illarum prohibet. Detrahendo enim statim consensum stipulationi, reddimus eatenus stipulationem inutilem; quia sine consensu non valet, etiam si maxime priora eius verba maneant. Rei autem novæ promissionem adiiciendo, non ideo contrahimus novam stipulationem, aut hoc ipsum pactum in priorem stipulationem deducimus; cum stipulatio de re aliqua sine verbis quibus ea res includatur, confici non possit, ut ante dixi. Adieci & alia quædam ad huius interpretationis rationem in *d. L. in bonæ, C. de pact.* quæ si cui videtur, his adiungere licebit; nunc his contentus ero. Hoc quidem loco mihi illa explicatu necessaria videbantur.

Ad L. Eius *penult.*

Africanus lib. 7. Quæstionum.

Eius qui in provincia Stichum servum Calendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum est, quo idem Stichus liber & ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit, ut interdum & stipularetur, & pignora acciperet. Consulebatur, quid de his iuris esset. Placebat, debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque dominum decessisse ignorassent: earum autem summarum nomine quæ ad Stichum pervenissent, familiæ ercifcundæ quidem actionem non competere coheredibus, sed negotiorum gestorum dari debere. Quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse hæres esset, alienatus esse. Nam & si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas: deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facias. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur: ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Quare si nulla stipulatio intervenisset; neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri.

Quod si stipulatus quoque esset: referret quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim, forte Titio domino suo mortuo iam dari stipulatus sit; proculdubio inutiliter esset stipulatus. Quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisiisse. Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviunt, acquiritur: ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri. Post aditam vero a coheredibus hereditatem, non æque idem dici potest; utique si scierint eum sibi coheredem datum: quoniam tunc non possent videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur coheredes eius id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint: potest adhuc idem responderi. Quo quidem casu [&] illud eventurum, ut si suæ conditionis cohæredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur. SUM-

SUMMARIA.

1. *Calendarium, & calendario præponere, quid.* & num. 2.
2. *Usuræ stipulari solitæ in singulas Calendas: solvi Idibus.*
3. *Institoris mandatum morte domini finiri hactenus, ut a scientibus cum eo mercem exercente contrahi, non etiam ut a scientibus ei solvi possit.*
4. *Debitores mandatum finitum ignorantes si institori procuratorive quamvis finitum scienti solvant, utilitatis caussa liberari.*
5. L. Mævius, §. 1. D. de fam. ercisc. *explicatur, & conciliatur cum* hoc loco.
6. *Stichus coheres pecuniis exactis tenetur coheredibus: si exstent, familiæ erciscundæ; si consumptæ sint, negotiorum gestorum.*
7. *Negotium coheredum heres gerit, qui pecuniam hereditariam exigendo debitorem liberat: etsi non fuit hoc animo, ut coheredum nomine exigeret.*
8. *Heredem nomine defuncti, quem defunctum ignorat, pecunias credentem, in eo errore pecunias pro sua parte non alienare.*
9. *Qui pecunias suas pro alienis, quasi alterius essent, credidit; si re cognita velit esse creditas, alienat, & creditas facit.*
10. *Mandatum de pecuniis credendis alienandisve morte domini finitur & in procuratore & in institore.*
11. L. fundi, D. de acq. pos. *explicatur.*
12. *Institor morte domini institor esse desinit.*
13. *Explicata & cum hoc responso conciliata* L. si quis mancipiis, §. si impubes, §. eius, de inst. *&* n. 15.
14. *Institorem mortuo domino etsi institor non est, tamen quibusdam in caussis pro institore haberi: & quibus.*
15. *Promiscuus usus*, & promiscui usus utilitas *quid sit.*
16. *Consumpta pecunia quæ initio a Sticho alienata non fuit, & in proposito condictionem nasci, & quibus.*
17. *Exstantis coheredum pecuniæ mutuum voluntate nova coheredum contrahitur, & condictio his quæritur; si tamen velint a se esse mutuam, & debitores consentiant: non aliter.*
18. *Ratum heredes habere non possunt, quod nomine testatoris iam defuncti gestum est.*
19. *Mortuo, seu ei qui mortuus est, dari inutiliter stipulamur.*
20. *Hereditas adita hereditas esse desinit.*
21. *Per liberum hominem bona fide servientem ei qui iam mortuus sit, hereditatis defuncti acquiri: & cur.*
22. *Hereditatem pro possessore interdum haberi, & quando.* & num. 25.
23. *Ante apertas tabulas hereditatem adiri non potuisse, quomodo intelligendum.*
24. *Liber homo qui defuncto servivit bona fide, si possessorem decessisse ignoret, intelligitur & heredibus idem ignorantibus bona fide servire, iisque acquirit.*
25. *Heredes etiam non apprehensa possessione interdum pro possessoribus haberi.*
26. *Servire bona fide alicui nemo intelligitur, nisi ei, a quo bona fide possideatur, seu ei qui pro possessore habeatur.*

1 DOminus in provincia Stichum ſervum Calendario præpoſuerat. † Calendarium proprie eſt liber, in quem nomina, & fœneraticiæ pecuniæ referuntur. *L. Sticho, §. ſervus, verſ. item quæro an ea, infr. de ſtat. L. qui filium, infr. de legat.* 3. dictum a Calendis, ut inter eru-
2 ditos fere omnes convenit, † quod veteres in ſingulas Calendas pecunias creditas, earumque uſuras ſtipulari ſolerent; ut factum videmus in *L. Lecta, ſupr. & in L. ſi ita ſtipulatus.* 126 *§. Chryſogonus, infr. de ver. obl.* quod in primis declaratur illis verſibus Horatii *lib. 1. Sermon, Sat.* 3.

Odiſti, & fugis, ut Druſonem debitor æris;
Qui niſi, cum miſero triſtes venere Calendæ,
Mercedem aut nummos unde unde extricat, amaras
Porrecto iugulo hiſtorias, captivus ut, audit.

Primum Calendas veniſſe dicit, ut in debito præſenti; deinde aperte triſtes miſero debitori vocat, quod his debitor uſuras aut ſortem undecunque poſſet, extricare cogeretur, ſi ita creditor poſtularet. Neque vero hæc neceſſitas ſolutionis aliunde, quam quod uſurarum ſtipulatio in eum diem collata eſſet. Uſuræ enim fœnebris pecuniæ ut non citra ſtipulationem: ita non niſi ex conceptione ſtipulationis debentur. *L. 3. C. de uſur.* Itaque quod quibuſdam locis ſignificatur, uſuras & ſortem exigi ſolitas Idibus, ut in *priore in Catilinam:* quod idem Horatius *Epo. 2. in extremo* ſcribit fœneratorem Alphium, omnem relegiſſe, vel ut alii legunt, redegiſſe *Idibus pecuniam:* ad voluntariam dilationem fœneratorum more inter eos receptam, non ad ius conſtitutæ obligationis referendum eſt: quod & aliis quibuſdam recte eſt obſervatum. Idque non tantum prior ille locus Horatii, ſed vel idem ille poſterior maxime exigit: in quo quem fœneratorem dixerat omnem redegiſſe pecuniam Idibus, eundem ſubiicit, quærere eam Calendis ponere, ideſt, exponere & collocare fœnori. Calendis, non ut tunc numeraret tantum; ſed ut ſtipularetur uſu-

ras in sequentes Calendas, uti mos Romanis fuit usuras stipulari & constituere in singulos menses: cuius moris passim exempla exstant illustria in *d. L. lecta*, & *d. L.* 126. §. *Chrysogonus*, *de verb. obl.* Calendarii verbo significantur ea, quæ Calendario continentur: ideſt, nomina pecuniæ creditæ. Hinc eodem interprete Africano in *d. L. qui filium*, *infr. de legat.* 3. Calendario præponere, est præponere nominibus faciendis; sed ita faciendis, ut possit qui præpositus est, exigere: quo pecunia inde redacta rursum collocetur, unde & nova nomina fiant, quæ rursum in Calendarium referantur. In summa, Calendario præponere est, præponere pecuniæ exercendæ, ideſt, credendæ & exigendæ. Quod Sticho in proposito a domino tributum fuisse intelligimus: ex qua potestate est, quod hic Stichus paulo post fecisse proponitur: pecunias nimirum defuncti domini aut exegisse aut credidisse. Hic servus testamento a domino liber & ex parte heres scriptus erat. Quæ res fecit, ut post mortem domini quamvis ignoraret se heredem institutum, tamen protinus liber & necessarius testatori heres exsisteret: *Inst. de her. qual. & diff. in pr.* nec ad rem pertinet, quod pro parte tantum sit heres institutus. *L. ex parte infr. de acq. her.* Unde & ante apertas tabulas testamenti etiam olim heres esset: quamvis ita ius esset in extraneis heredibus, ut ab his ante apertas tabulas hereditas adiri non posset. *L.* 3 §. *ult. infr. de her. inst* Itaque quod hic proponitur, testamentum Romæ recitatum esse, non ideo adiicitur, quod quidquam ad ius Stichi pertineat id ita esse factum; sed ut intelligatur, cum id testamentum postulantibus aliis heredibus forte apertum & recitatum esset: tamen Romæ id factum esse, cum Stichus esset in provincia: atque ita procedat, quod subiicit, eum cum re vera liber & heres esset, tamen status sui ignarum fuisse, atque ita se gessisse, ut si adhuc dominus viveret, & ipse domini esset institor, cuius nomine pecuniam exerceret. Is ergo hoc modo *status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit*, inquit Africanus. Pecunias defuncti non recte dixit, nisi per anaphoram id dictum intelligimus: sive eas pecunias acceperimus, quæ vere sunt defuncti: sive pecunias defuncto debitas. Non enim magis defuncto qui non est, quidquam deberi potest, quam quidquam eius esse. Nam quod meum appellatur id, etiam quod mihi debetur. *L. si me & Titium, sur. eod. L.* 1. *infr. de eo quod cer. loc.* tunc solum recte fit, cum prius est aliquid debitum. Iam autem diximus defuncto deberi nihil posse: idque natura ipsa efficitur. Sed & hoc nihil ad pecunias creditas pertineret. Creduntur enim pecuniæ defuncti, non quæ ei debitæ intelligantur, sed quæ sint eius. Verum relatione facta ad id quod olim fuit, recte dicuntur pecuniæ defuncti, quæ eius qui nunc defunctus est, olim fuerunt, dum viveret: ut quod nomen ab initio in re fuit, id etiam re mutata maneat, quo facilius res quæ fuit, intelligatur. Quæ ratio loquendi usitatissima est. Hoc modo in usu iuris dicitur tutor tutelæ iudicio convenire, condemnari, rationem administrationis reddere debere. *L.* 1. *L. cum pupillus*, & 2. *seqq. infr. de tut. & rat. dist.* cum tamen nihil horum fiat, nisi finita tutela, *L. nisi*, *infr. de tut. & rat. dist.* ac finita tutela constet eum qui tutor fuit, amplius tutorem non esse. Sed & post pubertatem, quo tempore finiri tutelam nemo ignorat, dicitur tutor pupilli negotia administrasse in *L. si tutor post*, & *L. si post*, *infr. de tut. & rat. dist.* In quibus orationibus & similibus ubique tutor intelligitur is, qui prius fuit tutor. Sic & insula dicitur, quæ ante fuit insula, & nunc esse desiit, quo magis intelligatur, quæ terra designetur, in *L. insula, infr. de acq. rer. dom.* Similiter hoc loco cum dicitur Stichus pecunias defuncti aut exegisse aut credidisse, pecunias defuncti accipere debemus eas, quæ olim fuerunt defuncti. Et sane fuerunt eius dum viveret, sive vivo eo Stichus eas credidit, quas deinde exegit, sive credidit eo mortuo. Eas quæ ita defuncti fuerunt, recte dicitur postea exegisse, ut intelligamus exegisse eum non eandem speciem, quæ data est, sed alias eiusdem generis. *L.* 2. *supr. eod.* eas tamen quæ vi & potestate idem præstent, ut re ipsa eædem pecuniæ, quæ defuncti fuerunt & creditæ sunt, videantur exactæ *d. L.* 2. §. 1. qua ratione & in vino mutuo Iulianus dixit vinum petitum esse, quod mutuum datum erat, in *L. vinum*, *supr. eod.* dum intelligit vinum ipsum quidem quod datum est; non tamen idem corpore, sed potestate, dum id agitur, ut eiusdem generis & bonitatis vinum, ac tantundem reddatur. Ergo, ait Africanus, Stichus status sui ignarus pecunias defuncti, ideſt, quæ olim defuncti fuissent, aut a se creditas exegit, aut postea credidit ita, ut interdum creditas stipularetur, & pignora acciperet: quibus in rebus positum esse officium eius, qui Calendario: ideſt, pecuniæ exercendæ præposi-

positus est, supra diximus. Cum nihil horum iure suo fecerit Stichus, utpote finito domini mandato, & ipse liber factus; quæsitum est, inquit, quid de his iuris esset. De quo deinceps respondet, & ut sunt quæstionis propositæ capita duo, ita de his respondet ordine: prius de pecuniis exactis, secundo loco de creditis.

PLACEBAT DEBITORES] Circa pecunias exactas, de quibus hic respondet, hæc erant duo, de quibus dubitari posset; Primum an liberati sint ea solutione debitores hereditarii, cum ei solverint qui creditor non esset, neque voluntate domini id fecerint, ut qui iam decessisset: alterum, si forte liberati sint debitores, qua actione teneatur Stichus coheredibus earum summarum nomine, quæ ad eum pervenissent. Nam quin his teneatur aliqua actione, non dubitatur; cum illorum negotium in ea exactione gesserit. Itaque de utroque breviter statuit ad hanc sententiam: & debitores dominum decessisse ignorantes esse liberatos; & Stichum de his summis negotiorum gestorum actione coheredibus teneri. *Placebat*, inquit, *debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse*. His verbis complectitur duas sententias; unam, quam verba exprimunt; alteram, quæ ex conditione intelligitur. Ut enim aperte dicit debitores esse liberatos sub conditione, si ipsi quoque dominum decessisse ignorassent: ita sub contraria conditione hoc dicere intelligitur, si non ignorassent dominum decessisse, non esse liberatos. *L. 1. vers. huius, supr. de off. eius, L. quibus, §. 2. infr. de cond. & dem.* Vis hæc est conditionis, ut rem suspendat, ac nisi illa extiterit, non sit locus ei, quod sub conditione fit, aut dicitur. *L. cedere, infr. de ver. sig. §. sub conditione, Inst. de ver. ob.* Quod si in præsens aut præteritum collata sit, hanc vim habet, ut si vera est, statim statuat, quod dicitur; sin falsa, statim in contrarium mutet totam sententiam. *§. conditiones, Inst. de ver. obl.* Et vera est superior utraque sententia, ut non immerito priori conditionem supra scriptam adiecerit; sed utraque tamen eiusmodi, quarum altera ex ratione iuris, altera ex aliis locis incidat in dubitationem, quæ diluenda est. Ac primum quod ait debitores liberatos esse, si ut in proposito Stichus, sic & debitores dominum decessisse ignorassent, sententia est iuris explorati. *§. recte, Inst. mand. L. cum quis, §. 1. infr. de sol.* sed habet tamen hanc quæstionem. Sic enim ius est de solutione, debitorem solvendo ita liberari, si aut creditori ipsi solvat, aut alii solvendo, id faciat voluntate creditoris. *L. vero, L. solutam, infr. de sol.* Hic autem constabat creditori solutum non esse. Nam Stichus heres quidem erat, eoque & creditor; sed non solus, cum alii essent heredes instituti. Sed nec voluntate creditoris pecunia Sticho soluta est: qua enim voluntate creditoris, eiusdemque domini prius utebatur, hæc morte domini finita est. *L. 4. infr. loc.* Nec quidquam præterea ei a coheredibus mandatum est de pecunia exigenda. Quo effici videbatur debitores huic solvendo nullo modo liberari. Et hoc stricta iuris ratione ita statui debuisse scriptum est in *d. §. recte, Inst. mand.* Sed ibidem adiicitur, utilitatis caussa receptum esse, ut cum debitores voluntatem domini mutatam aut finitam esse ignorantes solvunt ei, cui prius exigendi aut recipiendi potestas facta erat, in hoc errore liberentur, ne iusta ignorantia illis noceat. Vera igitur & certa prior sententia. Sed & quod dicitur ex diverso, debitores post mortem domini Sticho solventes, non liberari, si ipsi dominum decessisse scissent: ipsum quoque verissimum est, *L. dispensatori, infr. de sol.* idque consequens est superiori rationi Iustiniani. Nam si ignorantes debitores solventes solum utilitatis & humanitatis caussa liberantur, ne iusta ignorantia eis noceat; nihil habent illi, quo se tueantur postea adversus creditorem, si his iustam ignorantiam detraxeris; multo minus, si omnem ignorantiam. Videri tamen potest contrarium esse, quod est in *L. si quis mancipiis, §. si impubes, & § seq. infr. de inst. act.* Quod enim illic traditur, post mortem domini cum institore recte contrahi etiam ab iis, qui scirent dominum decessisse: hoc efficere videtur etiam post mortem domini institorem manere, qui prius fuerat; & si ex eius contractu actio in heredes etiam scienti danda est: multo magis etiam scientes si solverint, ab heredibus liberari. Sed de sententia illius loci dicam paulo post accuratius, cum ad pecunias creditas, de quibus sequitur, ventum erit; quoniam obiectio eius loci non minus ad eam partem, quam ad hanc pertinet; atque haud scio, an magis, cum apertius in ea parte declaretur institoris officium morte domini finiri. † Tantum 3 nunc dicam breviter, quod putem ad hunc locum sufficere: morte sola domini finiri cuiusvis institoris mandatum. Utilitatis tamen caussa receptum, ut possit cum eo negotiationem exercente etiam ab his qui domi-

dominum decessisse sciunt, utiliter contrahi. Sed non, ut hoc permissum est: Ita a scientibus ei solvi concessum esse. Neque id alio loco magis ostendi, quam illo ipso, quem retulimus. Cur enim possit cum institore contrahi ab eo, qui sciat dominum decessisse, duplex illic ratio reddita est: & quod utilitas promiscui usus id suadeat: & quod non sit imputandum ei, qui cum institore mercem exercente contrahat. Si probatur, cum debitores dominum decessisse non ignorantes institori solvunt, in ea solutione non versari utilitatem promiscui usus, quæ illic nominatur: si probatur præterea imputandum esse debitoribus, si tum institori solvant: utraque de caussa ex illo ipso loco evincitur institori post mortem domini a scientibus solvi non posse. Utrumque autem verum esse tum poterit intelligi, cum ostenderimus quid sit in eo loco utilitas promiscui usus, & cur non sit imputandum ei, qui cum institore post mortem domini sciens contrahat. Recte ergo Africanus, cum debitores Stichn solventes hic liberatos esse dixit, adiecit hanc conditionem: *si modo ipsi quoque non ignorassent dominum decessisse:* significans nullo modo esse liberatos, si scientes dominum decessisse, institori solvissent: id quod ius
4 esse ostendimus. † Sed quoniam ait, *si ipsi quoque*: dubitari potest, num simul Stichi & debitorum ignorantiam exigat, ut hi Sticho solventes liberentur, ne nihil his prosit ad liberationem ignorasse mortem domini, si Stichus forte non ignorasset: hæc enim coniunctio, *quoque*, Stichum in eandem conditionem includere videtur. Sed hoc non ita accipi debet. Quinimo ex verbis apparet ignorantiam solum exigi in debitoribus, non etiam in Sticho: non enim dicitur, si & Stichus & debitores ignorassent; sed solum si debitores quoque ipsi ignorassent. Cur ergo adiicitur particula *quoque?* Quia Stichus proponebatur in proposito id ignorasse: Ideo exigitur, ut debitores ignorent similiter, ut Stichus ignorabat: ut ignorabat, inquam, de quo propositum erat: non ut ignorare debebat, de quo non quærebatur. Itaque hac coniunctione solum declaratur Stichum ignorasse; non etiam ut ignoret desideratur: commodeque ita dicetur vocari debitores hac coniunctione non in eandem conditionem, seu in eandem necessitatem ignorantiæ cum Sticho; sed in eandem ignorantiam, non quæ in illo esse debuisset, sed quæ in eo fuisse proponebatur. Qua ex sententia solum in debitoribus relinquitur conditio, qua ab his ignorantia hæc ad liberationem exigatur. Atque ut hæc verborum sententia est: Ita eam ex iure & mente auctoris accipi convenit. Sic enim statui debet, debitores post mortem domini institori aut procuratori solventes, dum ignorent dominum decessisse, omni modo liberari, etsi institor aut procurator dominum decessisse non ignoret. Horum enim scientia non facit, quominus in debitoribus id ignorantibus iusta sit & probabilis ignorantia: hæc vero per occasionem mandati defuncti nunquam debitoribus nocere debet. *d. §. recte, Inst. mand.* Liberantur quidem hoc casu debitores alias ipso iure, alias per exceptionem: ut est eiusdem Africani de hac re distinctio, relata in *L. cum quis, §. 1. infr. de sol.* Ipso iure: si institor procuratorve non intervertendi animo pecuniam accipiant, sed ut heredum negotium gerant. Per exceptionem: si illi hoc animo sint, ut pecuniam lucrentur. Sed sive hoc, sive illo modo liberantur debitores: semper summa Africano huc redit, ut ignorantes scienti solventes liberentur. Nam & qui exceptionem perpetuam habet, non minus dicitur liberatus. *L. 5. C. de pact.* Nec abs re: cum iuxta regulam iuris, nihil intersit, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil, infr. de reg. iur.* Qua ratione Ulpianus in *L. si quis servo, 18. infr. de sol.* cum debitor dominum mortuum esse ignorans scienti institori & animo intervertendi pecuniam accipienti solvit: non dubitavit absolute dicere eum liberari, etsi ex sententia Africani non liberatur ipso iure. Neque in eo adversatur Africano: cum si intellexerimus eum debitorem liberari per exceptionem, nihilominus semper verum futurum sit eum liberari, ut dixi.

Earum autem summarum nomine] liberatis debitoribus, necesse est coheredibus perire pecuniam, aut ipsis eo nomine consuli adversus Stichum, qui pecunias exegisset. De eo ergo secundo loco respondet, Stichum pecunias, quæ ad ipsum pervenissent, coheredibus suis pro portione eorum hereditaria restituere debere. Si recuset: esse illis in eam rem cum ipso negotiorum gestorum actionem, non familiæ erciscundæ. Quod sumptum est ex iis regulis, quibus hæc iudicia continentur. Sic ius est: Si heres coheredum suorum negotium gessit, tenetur eo nomine coheredibus suis, ut his restituat, quod ad se pervenit; sed alias familiæ erciscundæ iudicio, alias negotiorum gestorum. Familiæ erciscundæ iudicium tunc locum habet,

cum heres id quod gessit, ut heres gessit, & præterea ob partem suam necesse habuit etiam coheredum partem attingere, propter earum indiscretam coniunctionem. *L. qui erat, vers. nam ut familiæ, L. heredes, §. si unus, supr. fam. erc.* Horum si quid desit, est negotiorum gestorum actio. *d. L. heredes, §. non tantum*, In proposito autem Stichus, qui pecuniam exegit, neque exegit ut heres, ut qui se heredem esse ignoraret: *d. L. qui erat, vers. pen. fam. ercisc.* & si sciret se heredem: tamen portionem coheredum non habuit necesse exigere, ut suam consequeretur: quia suam propriam & a cæterorum portionibus ipso iure divisam habuit. *L. ea quæ, C. fam. ercisc.* Sed videamus, ne in utraque actione conversò dici debuerit, & familiæ erciscundæ actionem nimirum hic competere, & actioni negotiorum gestorum locum non esse.

5 † Ac competere familiæ erciscundæ actionem scriptum videtur in *L. Mævius, §. 1. supr. fam. erc. Si servus*, inquit Iulianus, *liber & heres esse iussus sit* (qualis nunc proponitur) *id quod ex rationibus, quas paterfamilias gessisset, penes se retineret, iudicio familiæ erciscundæ coheredibus suis præstabit*. Loquitur ibidem Iulianus de his, quæ servus vivo patrefamilias exegit, & manumissus post mortem domini retinet (id enim geritur patrifamilias, quod vivo eo geritur: cum non sit paterfamilias quisquam, nisi vivus) hic autem de iis pecuniis agitur, quas Stichus liber factus exegit, patrefamilias mortuo. Sed si in specie huius loci fingimus hunc ipsum Stichum, quas pecunias prius exegerat status sui ignarus, easdem itidem penes se retinere, ut in specie Iuliani proponitur: non potest ab illo in priore genere rerum & pecuniarum exactarum, familiæ erciscundæ iudicium recipi, quin recipi debeat & in posteriore: quia & in hoc eadem ratio sit omnino, quæ pariter huic iudicio locum faciat. Cur enim quæ vivo domino servus exegit, quæque manumissus & ex parte heres factus post mortem domini retinet, ea præstat familiæ erciscundæ iudicio coheredibus? Non utique, ut quidam inepte sentiunt, quia tum illa exegit, cum solida exigere necesse haberet, ut pote a domino iussus, cui parere fuit necesse. Non enim ut hoc iudicium de eo quod gestum est, competat, quidquam ad rem facit gerendi necessitas: nisi quod geritur, geratur in hereditate, & sit heres, qui gerit, & gerat quasi heres. *L. & puto, §. sed etsi, L. qui erat, vers. pen. supr. fam. erc.* Quorum nihil facere potuit servus in his quæ gessit vivo domino: quo tempore nondum ulla fuit viventis hereditas; ipse ut servus nullo modo heres. Cur ergo, inquam, illa quæ manumissus, idemque heres ex rationibus quas paterfamilias gessit, retinet, iudicio familiæ erciscundæ præstat coheredibus? Haud dubie quia per servum quæsita, vivo domino quæsita sunt: eoque & si moriente domino existent, reperiuntur in eius hereditate, fiuntque ob hanc caussam post mortem eius hereditaria. Veniunt autem in hoc iudicium exceptis nominibus res omnes hereditariæ, ut inter heredes dividantur: quam ad rem maxime hæc actio constituta est. *L. 1. L. 4. supr. fam. erc.* Atqui in proposito pecunia, quam Stichus status sui ignarus post mortem domini exegit, quamdiu exstabit, non minus est hereditaria: ut hoc constituto non magis superiore illo responso Iuliani, quam certis regulis huius iudicii efficiatur, etiam eam pecuniam quam Stichus penes se retinebit, in hoc iudicium venire. Hereditariam esse hanc pecuniam, & ita hereditariam, ut si exstet, veniat in hoc iudicium, non est quod dubitemus. Quod servo hereditario datum est, hereditarium est: quia per hunc hereditati acquiritur: eoque & in iudicium familiæ erciscundæ venit. *L. & post, in pr. supr. fam. erc. L. hereditas, infr. de acq. rer. dom.* Ergo & in proposito quæ pecunia a Sticho exacta est, erit hereditaria: quia & ipsa per eum non minus hereditati acquiritur. Est enim in hac specie Stichus is, qui bona fide hereditati non aditæ serviat, & pecunia quæ illi solvitur, ex caussa & obligatione hereditaria solvitur. Constat autem per eos sive servos, sive liberos homines, qui bona fide serviunt, ut possessori vivo, ita eo mortuo etiam eius hereditati ex re hereditaria acquiri. Ac ne dubitemus id ad Stichum, de quo quæritur, pertinere, id ipsum diserte de eo affirmatur paulo post ab Africano, in *vers. quod si sibi dari*. Neque hic audiendi sunt, qui negant in proposito pecunias a Sticho exactas, ex re & caussa hereditaria esse quæsitas: quia potius exactæ sint ex caussa mandati, quod iam nullum erat, utpote morte domini finitum. Nam utraque de caussa pecuniæ hæ exactæ sunt: & quia debebantur, & quia Sticho mandatum erat, ut eas exigeret; debitoribus, ut illas solverent. Sed prima & præcipua exigendi atque solvendi caussa hæc fuit, quod pecuniæ debebantur. Nunquam enim aliter eas exigere potuisset Stichus, nec debitores eas unquam solvissent, nisi debitas: hæc vero obligatio cum a defuncto

functo descendat, est hereditaria. Quapropter etsi caussa mandati ad exigendum finita est: tamen hac sublata, restat caussa altera, nempe obligatio: ex qua cum pecuniæ exactæ & solutæ sint, negari non potest, quin exactæ & solutæ sint ex caussa hereditaria. Recte etiam dicetur, aliam esse caussam, sine cuius opinione pecuniæ Sticho solutæ non essent; aliam, propter quam exiguntur & solvuntur. Illa caussæ similitudinem habet, revera caussa non est; hæc vere & re ipsa caussa dicitur. Mandatum domini de pecuniis exigendis interveniens in proposito caussa est, quæ nisi subesse putaretur, pecunia a Sticho exacta non esset; sed non ea, propter quam pecunia exigi potuerit; eoque non vere & proprie caussa. Argumento est, quod & sine mandato pecunia possit exigi, & quamvis mandatum intervenisset, nihil id tamen prodesset ad exigendum, si pecunia prius ex obligatione non deberetur. Illa sola caussa est, propter quam dicatur pecunia exigi, & solvi, si fuerit debita, seu si subsit eius debendæ aliqua obligatio. Hæc eadem sola exigendi & solvendi causa vere intelligitur: hac enim posita fit, ut pecunia peti possit: & sola est, propter quam debitores solvant, nunquam alias quod non debeant soluturi. Quocirca cum de causa exigendi & solvendi quæritur, solum hanc obligationem, non mandatum præcedens caussam nominare debemus. Ita in summa, mandati eius, quod subesse adhuc putabatur, opinio non facit, quominus pecuniæ a Sticho vere hic exactæ sint ex re hereditaria: vel quia, sublata caussa mandati, subsit nihilominus hereditaria obligatio, ex qua etiam ipsæ pecuniæ solvuntur: vel, quod est verius, quia hoc mandatum, etsi etiam nunc esset integrum: non tamen caussa est, ex qua dici debeat pecunia exigi aut solvi, sed sola obligatio, propter quam & pecunia exacta ac soluta est. Quod si ex hac caussa solutas sibi pecunias Stichus hereditati non acquirit, quia mandatum, quo movebatur ad exigendum, finitum est: quomodo idem si pecuniam hereditariam a se mutuo datam sibi reddi stipuletur, eam obligationem hereditati acquiret? Nam & in hac re stipulandi caussa illi fuit opinio mandati, quod adhuc manere existimabat, sine quo pecunias non credidisset, sciens se eas iure credere non posse: atque his non creditis, non addidisset stipulationem, quæ esset inutilis. Et tamen hoc casu stipulando obligationem hereditati acquirit, ut infra sequitur, in *vers. quod si sibi*. Ex quo apparet in hac acquisitione solum rem, propter quam acquiritur aliquid a Sticho, non autem mandatum, sine cuius opinione ad acquisitionem ventum non esset, spectari oportere.

Sed hæc dissimilia sunt, inquit Alciatus, Stichum stipulari pecuniam hereditariam sibi reddi, & pecuniam hereditati debitam exigere. Stipulando acquirit hereditati obligationem, quia id agit ut acquirat. At non item id agit, ut acquirat pecunias exigendo: quæ res facit, ut non acquirat. *L. non omnis, supr. eod.* In quo ego iudicium docti viri valde requiro. Quid enim apertius, quam Stichum dum se adhuc servum esse, & se suo officio fungi, ac domino inservire putat, hoc animo esse, ut domino acquirat, ut faceret si dominus adhuc viveret? Et tamen ne videatur sine ratione rem aperte falsam dicere, argumento ad eam rem utitur. Non credit Stichus, inquit, se pecuniam accipere, & debitores liberari, nisi ex causa mandati: hoc autem mandatum iam nullum est, utpote morte domini extinctum. Non vult igitur, seu non id agit, ut liberentur. Ex quo rursum effici vult, Stichum debitores non liberare, ac proinde ex ea causa pecuniam hereditati non acquirere. Ex quibus prius de voluntate Stichi ridiculum est. Non enim ideo non vult Stichus liberari debitores, quia credit mandatum subesse, quod nullum est; sed contra ideo vult eos liberari, quia mandatum, idest, causam cur liberentur, subesse existimat. *L. quod meo, §. si furioso, infr. de acq. pos.* Posterius de liberatione neque recte colligitur ex prioribus, & per se evidenter falsum est. Non si Stichus non id agit, ut debitores liberentur; non si mandatum solvendi hic nullum est, ideo efficitur debitores ignorantes solvendo non liberari. His enim omnibus remotis, liberari posuunt propter iustam & probabilem ignorantiam, quæ illis nocere non debet. *§. recte, Inst. mand.* Et vero simpliciter liberari eos, dum Sticho solvunt, diserte hic scriptum est. Itaque sic argumentum in eum converti debet. Credit Stichus se ex caussa mandati accipere, & debitores ex ea caussa liberari: ergo eos liberari vult, quia caussam, cur velit, subesse putat. Vult eos liberari: ergo ipso auctore Alciato liberabuntur: & quia liberantur, etiam pecuniam exactam acquiret, quia ab eo id agitur, ut utrumque eveniat. Sed nihil opus est verbis. Plus quam manifestum est Stichum ut stipulando, ita pecunias exigendo voluisse rem gerere domini sui, quem adhuc vivere putabat. Idcirco hereditati domini

ut

ut ſtipulationem, ita & pecunias exactas acquiret. Quia utrumque ex re hereditaria: ſtipulatio quidem ex pecunia hereditaria mutuo data; pecuniæ autem exactæ ex hereditaria obligatione. Sunt ergo hæ pecuniæ hereditariæ, quæ acquiruntur hereditati. Si hereditariæ: fit, quod ſupra dixi, ut iam non tantum ſuperiori ſententiæ Iuliani quæ eſt in *d. L. Mævius*, §. 1. *ſupr. fam. erc.* conſequens ſit; ſed etiam natura iudicii familiæ erciſcundæ hoc exigat, ut hæ pecuniæ ſi exſtent, in id iudicium veniant. Atque hoc, ſi ante aditam hereditatem exactæ ſint: quo tempore per ſervos hereditarios hereditati ut dominæ acquiritur. *L. hereditas, infr. de acq. rer. dom.* Poſt aditam autem hereditatem ſi eas Stichus exigat, etiam coheredibus ſuis eas acquiret, ſi & hi de voluntate defuncti non cognorint, ut ſequitur in *verſ. poſt aditam, & ſeq.* quo caſu fient quoque pecuniæ hereditariæ, ut quæ ad heredes pervenerint ex cauſa hereditaria. arg. in *L. veniunt, in fin. ſupr. fam. erc.* Sed cur hos acquirendi modos anxie conquirimus, ut doceamus cum pecuniæ hereditati, vel heredibus aliis per Stichum quæſitæ fuerint, hoc modo futurum, ut ſint hereditariæ? Ego puto, etſi hæ neque hereditati quæſitæ ſint, quia exactæ ſint, hereditate iam adita: neque quæſitæ coheredibus, quia hi iam Stichum liberum & heredem eſſe cognoviſſent: tamen hoc ipſo eſſe hereditarias, & venire in iudicium familiæ erciſcundæ, quod Sticho qui vere heres erat, traditæ ſint ex obligatione hereditaria. Sic enim traditur in *d. L. veniunt, fam. erc.* venire in hoc iudicium eas res, quæ uni alicui ex heredibus traditæ ſunt, exempli gratia ex obligatione empti, cum eas defunctus emiſſet. Nec exigitur ut heredi tanquam heredi traditæ ſint. Satis eſt, ſi heres ex obligatione hereditaria reperiatur poſſidere: cum non hic teneatur propter factum ſuum, ſed propter rem quæ eſt hereditaria. Quæ cum ita ſint, neget autem hoc loco Africanus de his pecuniis familiæ erciſcundæ actionem competere coheredibus: quid reſtat, niſi ut non modo hunc locum *d. L. Mævius*, §. 1. contrarium, ſed etiam ſententiam Africani, quæ hoc loco eſt, falſam, & regulis iuris, quæ ſunt de hoc iudicio, refragari ſtatuamus? Et hoc reſtat omnino, ſi de pecunia exſtante Africanum loqui intelligimus. Neque enim multum profecerimus ad iſta concilianda, ſi cum Alciato dixerimus in *d. L. Mævium*, §. 1. agi de rationibus a Sticho reddendis, quæ res indiviſa eſt, non de pecunia ab illo exacta. Nam & de pecunia ipſa quæ hereditaria ſit, effectum eſt eam non minus in hoc iudicium venire: quod tamen Africanus negare videtur. Quanquam in *d. L. Mævius*, non de rationibus reddendis, ſed de pecuniis aut aliis rebus a ſervo exactis agitur. Etſi enim illic mentio ſit rationum: non tamen ab eo exigitur, ut rationes reddat, ſed nominatim ut præſtet res, quas ex illis rationibus retinet. Ita eſt uterque locus de rebus exactis, non de reddendis rationibus.

Quid ergo relinquitur ad iſtorum conciliationem, vel potius ad ſententiam Africani hoc loco defendendam? † Unum hoc, 6
quod Bartolus conditionem harum pecuniarum, & quid natura actionis familiæ erciſcundæ poſtulet, probe intelligens, hoc loco ad diſſolutionem poſuit: ut dicamus in *L. Mævius*, §. 1. *fam. erciſ.* agi de pecuniis & rebus hereditariis, quæ apud manumiſſum eundemque heredem exſtent; hic autem de pecuniis, quæ & ipſæ hereditariæ quidem ſint, ſed ſint ab illo conſumptæ. Dixi hoc relinqui unum: quia ſi hoc non eſt, aliud non relinquitur. Si enim pecunia a Sticho exacta hereditaria eſt, & dum apud Stichum exſtabit, de ea adverſus illum familiæ erciſcundæ iudicium competit: neceſſe eſt, ſi quando illa hoc iudicio peti non poteſt, id tum fieri, cum pecunia erit conſumpta. Sed fieri poteſt, ut ne hoc quidem, quod de conſumpta pecunia dicimus, verum ſit, aut huic loco conveniat: ut nec iſto modo difficultas explicetur. Et vero huic ſententiæ reclamatur a pleriſque, quorum ab aliis ut falſa, ab omnibus pariter ut commentitia, & prudentiæ Africani non conveniens repudiatur: nam de pecunia conſumpta nihil hic aperte exprimitur. Bartolus ipſe cum dixit hic pecuniam eſſe conſumptam, dixit forte ita eſſe, & quamvis teſtetur eam ſententiam ſibi magis placere: tamen tantum dicit ſibi magis tolerabilem videri, ut eius diffidentiam in eo liceat agnoſcere. Ego autem, & natura actionis familiæ erciſcundæ, & verbis ipſis non ita obſcuris horum locorum, atque etiam ſententia prope cogentibus, audeo confirmare, ut ſine hac diſtinctione ne defendi quidem ſententia Africani hoc loco poteſt, nedum cum Iuliano conciliari: Ita ea diſtinctione nihil eſſe verius, aut utrinſque loci verbis & menti auctorum convenientius. Ac ne prius quæratur fruſtra, an per ſe vera ſit, ſi verbis non conveniat: verba primum breviter conſideremus. Iulianus in *L. Mævius*, §. 1. *ſupr. fam. erciſ.* ſcribit, familiæ erciſcun-

eiscundæ iudicio præstari coheredibus, quod manumissus idemque heres ex rationibus, quas patrisfamilias gessit, *penes se retinet*. Retinendi verbo utitur. Non retinet, nisi qui tenet simpliciter; cum semper insit simplex in composito; *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* cumque tenere sit corpore tenere, quod verbum ipsum indicat: *L. possessio*, §. 1. *supr. de acq. poss.* non tenet, retinetve quisquam, nisi rem corporalem apud se exstantem. De rebus igitur apud manumissum exstantibus aperte eo loco agitur. Idque multo certius confirmatur, cum addit Iulianus *penes se*: ut dicat, quod penes se manumissus retinet; cum penes aliquem esse, amplius sit, quam esse apud aliquem. *L. penes, infr. de ver. sig.* Nunc Africani verba expendantur: *Earum autem*, inquit, *summarum nomine, quæ ad Stichum pervenissent, familiæ erciscundæ actionem non competere coheredibus*. Ut in superiore Iuliani sententia verbo retinendi de rebus exstantibus: sic in hac Africani his verbis, *quæ ad Stichum pervenissent*, de pecuniis consumptis aperte comprehensum intelligitur, etiam si nihil adiecerit amplius: tunc enim intelliguntur ad Stichum pervenisse, cum sunt consumptæ, non ante. Hoc quidem de pecuniis alienis, quarum dominium in accipientem translatum non est, diserte scribit Iulianus in *L. non omnis*, §. 1. *supr. eod.* Si hæ mutuo datæ sunt; quandiu exstant, condici, inquit, tanquam mutuæ non possunt; consumptæ possunt: quia tum intelliguntur ad eum, qui accepit, pervenisse. Tales sunt autem pecuniæ, quas Stichus status sui ignarus exegit a debitoribus. Hæ cum acquirantur hereditati, cui Stichus bona fide servit, aut acquirantur eius coheredibus, ut supra demonstravimus: quandiu exstabunt, earum dominus esse non potest: proinde iuxta Iuliani sententiam nec videri possunt ad eum pervenisse. Merito: quia id pervenisse dicitur, quod auferri non potest. *L. aliud est capere, infr. de verb. sig.* possunt autem hæ pecuniæ exstantes Sticho avocari a coheredibus aut vindicatione, aut iudicio familiæ erciscundæ, quod & ex parte in rem est, §. *quædam, Inst. de act.* Quando ergo ad eum pervenisse intelligentur? ex eadem sententia tunc, cum fuerint consumptæ. Recte hoc quoque: sic enim fit, ut plane videantur factæ Stichi, quæ ei nulla iam actione avocari possint. Non vindicatione: ut qui nec possideat, nec dolo modo desierit possidere, cum ut institor domini eas consumpserit. Non actione familiæ erciscundæ: quia hæc de his quæ non sunt, non competit, ut postea dicemus. Cum dico eas pecunias consumptas Sticho iam amplius avocari non posse: de iisdem corporibus loquor, non de aliis: nam tantundem ex eo genere peti potest negotiorum gestorum actione. Sed ea res non facit, quominus ipsa corpora exacta recte pervenisse dicantur, cum ipsa non possint auferri. Nam & in alienis pecuniis mutuo datis Iulianus ait, eas consumptas videri pervenisse ad eum, qui accepit: cum tamen aliæ condici possint; at non possunt repeti eædem, quæ datæ sunt. Unde etiam eas ad accipientem pervenisse dicit. De consumptis igitur pecuniis sine dubio loquitur Africanus, qui de his, quæ ad Stichum pervenerunt, loquitur. At enim de consumptis tantum pecuniis locum interpretari, alienum videatur forsasse a prudentia Africani. Quinimo, inquit Alciatus, hoc Africanum imperitiæ arguit, qui hoc casu non distinxerit, ut infra in stipulatione fecit, ubi res distinctionem postulabat. Ideo ille ut a mente Africani abhorrens reiiciendum putat. Sed cum de verbis quæritur, satis est ostendere id Africanum verbis expressisse, quod dicimus: ut intelligatur nihil hic nos comminisci, & illi affingere, aut verba eius violare; etsi cur ita scripserit, rationem reddere non possemus. Verumtamen ne quis certam interpretationem, & quam verba exprimunt, ideo repudiet, quia sententiam ratione carere putet; sciat Africanum de exactis pecuniis exstantibus consulto non respondisse iustis his de caussis; & quia supervacuum putavit, & quia alienum. Supervacuum: quia pecunias exactas, si exstent, hereditarias esse constat; sive quod hereditati quæsitæ sint; sive quod Sticho heredi datæ ex obligatione hereditaria, ex qua etiam nunc, cum petuntur, ab illo possidentur. *L. veniunt, supr. fam. erc.* Ius certum est de hereditariis pecuniis, quæ a Sticho possidentur, posse coheredes cum eo agere, ut vel eas vindicent ut suas, vel de his dividendis experiantur iudicio familiæ erciscundæ: ut non fuerit necesse de iure aperto cum respondere. Supervacuum etiam ideo de exstantibus exprimere: quia ex eo quod de consumptis negat competere actionem familiæ erciscundæ, satis ex contrario intelligi potest eam competere de exstantibus; ut diligentiore expressione opus non fuerit, præsertim in re aperta. Sed cur de exstantibus non responderit, certa hæc & expedita ratio est: quia de his respondere, erat a proposito alic-

alienum. Quærit enim Africanus, an teneatur Stichus de pecuniis exactis; non tamen, an teneatur quovis modo, sed an teneatur ob factum suum: idest, an ob id, quod eas exegit. Proposuerat namque hoc modo: Stichus *statu sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit. Consulebatur, quid de his iuris esset*. De his: idest, de exactione & credito, & quæsitum, quam vim, quamque efficientiam ista haberent: ac circa pecunias exactas, quam vim haberet, quod pecunias exegit, cum ad debitores liberandos, tum ad ipsum qui exegit, eo nomine obligandum. Quærit ergo, ut dixi, Africanus, quatenus Stichus de pecuniis exactis teneatur ob id factum: idest, ob id, quod eas exegisset. Exstantes pecuniæ ad hanc quæstionem non pertinent. Peti enim illæ de Sticho possunt: verum non ideo, quia exegit, sed quia possidet. Nam etsi non exegisset, & reperiretur possidere: aut vindicari a coheredibus possent, aut hoc ipso quod essent hereditariæ, & essent apud heredem, venirent in iudicium familiæ ercifcundæ. Non sic pecuniæ exactæ & consomptæ bona fide. De his Stichus quasi possessor conveniri non potest: cum neque eas possideat, nec dolo desierit possidere: ideoque nec vindicari ab eo possunt: *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* nec in iudicium familiæ ercifcundæ deduci, ut dividantur: quomodo enim dividerentur, quæ non exstant? Si de his coheredes cum Sticho agere possunt: non aliter possunt, quam si teneatur his ob id, quod eas exegisset. Quapropter hæ sunt solæ, de quibus proprie quæratur, an de his teneatur Stichus, quia exegit. Idcirco Africanus quæstioni & instituto serviens, de his solum respondet; ostendens ita Stichum de his teneri, ut tamen non teneatur iudicio familiæ ercifcundæ, ut fieret, si pecuniæ adhuc exstarent: verumtamen teneatur negotiorum gestorum.

Docui, cum dicimus Africanum hoc loco de consumptis pecuniis respondere, non de exstantibus, sententiam non solum verbis expressam esse, sed etiam instituto & menti Africani, eoque & prudentiæ eius præcipue convenire. Nunc doceo per se verissimam esse hanc distinctionem: pecunias a Sticho in proposito exactas, si exstent, in iudicium familiæ ercifcundæ venire iuxta sententiam; *L. Mævius, §. 1. supr. fam. ercif.* si consumptæ sint, non venire ex sententia huius loci. Quod etsi ex superioribus facile intelligi potest: tamen ne hic laboretur, paucis attingam. Exstantes apud Stichum pecunias, quæ ab illo exactæ sunt, esse in proposito hereditarias, abunde supra demonstratum est: Hinc efficitur certo iure has in hoc iudicium venire: quia in hoc iudicium veniant res omnes hereditariæ. *L. 4. L. 1. supr fam. erc.* Quod si qui putant, etiam si pecunia a Sticho exacta apud eum exstet, non tamen hic futuram esse familiæ ercifcundæ actionem, ut quidam hic scripserunt: necesse est eo fieri, aut quia putent cæteras res hereditarias venire in iudicium familiæ ercifcundæ, non etiam pecuniam numeratam: aut quia non putent, eam quæ hic a Sticho exacta est, esse hereditariam. Quorum utrumque longe aliter se habet. Nam venire in hoc iudicium res omnes hereditarias & in his etiam pecuniam numeratam, quæ in hereditate exstat, aperte declaratur, *L. 4. fam. ercifc.* cum ibi omnes res in hoc iudicium ita venire dicuntur, ut sola nomina excipiantur, idest, actiones hereditariæ: non corpora nummorum iam exactorum, nec sunt actiones, nec debentur. Esse autem hereditarias eas pecunias, quæ Sticho datæ sunt ex obligatione hereditaria, & probatur in *L. veniunt, supr. fam. ercifc.* & supra ita ostendi, ut his quæ scripsi cognitis, non putem de eo dubitari posse. Quod ad eas pecunias attinet, quæ a Sticho exactæ postea bona fide ab illo consumptæ sunt, convenit inter omnes has non venire in iudicium familiæ ercifcundæ: quod respondere hoc loco Africanum dicimus. Sed fortasse cur minus veniant, quam exstantes, non intelligitur ab omnibus: id autem sic efficitur. Non potest de his agi familiæ ercifcundæ, nisi aut quia corpora ipsa hereditaria vocentur ad divisionem inter heredes: aut quia Stichus heres de his ob factum aliquod suum conveniatur ad præstationem earum personalem: quibus ex rebus hoc iudicium constat, & quæ eædem ei iudicio locum faciunt. *L. 1. L. item Labeo, §. pen. supr. fam. ercifc.* Non sunt pecuniæ hereditariæ, quæ esse desierunt, aut certe amplius non apparent: multoque minus hæ inter heredes dividi possunt. Factum Stichi in pecunia exigenda intervenit illud quidem; sed, ut ille exegit in hac caussa, non est id factum, cuius nomine adversus eum familiæ ercifcundæ actio competat. Tunc de eo, quod quis in hereditate gessit, familiæ ercifcundæ iudicio locus est, non solum cum heres gessit, ut hic accidit, sed etiam cum gessit quasi heres. *L. & puto, §. sed etsi dolo, L. qui erat, §. pen. supr. fam. erc.* Hoc

vero

vero hic factum non esse constat: ut mirum non sit, si pecuniis a Sticho statu sui ignaro exactis, de exstantibus adversus eum competat familiæ ercifcundæ actio, de consumptis non competat. Quæ si & in re, & in verbis ita se habent: vera sunt, quæ de superiore interpretatione & distinctione posuimus: nimirum ut sine ea non potest sententia Africani, quæ hoc loco est, aut conciliari cum *L. Mævius*, §. 1. *fam. erc.* aut etiam ipsa per se defendi: ita ne quis eam ad conciliationem & defensionem huius loci repudiet, nihil esse illa aut per se verius, aut verbis & menti Africani, atque etiam utriusque loci convenientius. Cuius distinctionis & explicationis hæc est summa: Pecuniis in proposito a Sticho exactis, cum quæritur quo iudicio ille heres factus de his teneatur coheredibus, ita ius esse & sententiam horum locorum. Si quidem enim eas post mortem domini exstantes penes se retinet: de his competere coheredibus adversus eum familiæ ercifcundæ actionem, sive vivo domino exegerit, sive mortuo: quia quocunque tempore exactæ sint, si post mortem domini apud Stichum extant, sint hereditariæ. Id & regulis iuris certis, quæ sunt de hac actione, effici, & consequens esse Iuliani sententiæ in *d. L. Mævius*, §. 1. Quod si pecuniæ, quas Stichus quandoque hereditarias apud se habuit, ab illo bona fide sint consumptæ: ius efficere, ut, quia nec sunt hereditariæ, & nullum in his exigendis factum heredis, ut heredis intervenit, ideo de his non possit Stichus teneri actione familiæ ercifcundæ; sed teneatur negotiorum gestorum: ac de his quæ ita consumptæ sunt, Africanum hoc loco scribere.

Sed negotiorum gestorum actionem dari debere.] Ut de familiæ ercifcundæ actione dubitatum est, num hæc potius in proposito danda sit, quam tamen Africanus dandam negat: ita e converso & de actione negotiorum gestorum, num potius dici debuerit huic in specie proposita locum non esse. † Quæritur enim, quomodo videatur Stichus in pecuniis exigendis negotium coheredum gessisse, qui hac mente fuerit, ut domini negotium gereret. In quo ut in re perplexa vulgo hæsitatur ab interpretibus: neque id aliter expediunt, quam ut dicant petitione coheredum, idest, ratihabitione negotium eorum fieri. Cui sententiæ eum occurritur, quæriturque, quomodo coheredes ratum habere possint, quod ipsorum nomine gestum non est, repugnante *L. si pupilli*, §. *sed si ego*, *supr. de neg. gest.* respondent quod defuncti nomine gestum sit, id heredes ratum habere posse. Quod falsum est. Nam dominus ipse si viveret, ratum habere non posset, ut acquireret negotiorum gestorum actionem: quia negotium eius fuisset revera & sine ratihabitione, & quia adversus servum nulla illi esse posset actio. §. *hi autem*, *Inst. de ob. quæ ex del.* Nec possunt heredes ratum habere, aut acquirere ex persona defuncti, quod defunctus non potuit: cum ex regulis iuris eodem iure uti debeant: cum eiusdem iuris sint & potestatis, cuius fuit defunctus. *L. qui in ius*, *L. heredem*, *infr. de reg. iur.* Nec ad rem pertinet *L. si sine*, §. *cum autem*, *vers. Iulianus*, *infr. rem rat.* Illic procuratori mortui legatarii legata soluta sunt ab herede, cui procurator cavit, dominum rem ratam habiturum, & dominum intelligebat legatarium ipsum, qui mortuus erat. Placet heredes legatarii eam solutionem ratam habere posse: ne amplius heres eo nomine ab illis conveniri possit. Sed hoc tunc fit, cum heres a quo iterum legata petuntur, quæ legata prius nomine domini eiusdemque legatarii solverat, vult ea soluta esse heredum nomine, eaque ad illos a procuratore transire. Quod cum heredes ratum habent, dicendi sunt ratum habere, quod suo nomine gestum sit, non quod alieno. Sed cur hic laboratur in re aperta, curque ratihabitionem requirimus, ubi ratihabitione non est opus? Negotium hic heredum iam a principio gestum est re vera, ut ineptum sit quærere aliam eius gesti comprobationem: sitque etiam ineptior quæstio, utrum hic directa sit actio negotiorum gestorum, an subsidiaria. Exegit enim Stichus, quod heredibus debebatur, & exegit cum effectu: debitores enim sunt liberati. Huius liberationis incommodum solos heredes attingit: nam ab his debitores liberantur. Id declarat in ea exactione negotium fuisse coheredum: si quidem id negotium cuiusque est, cuius gesti commodum vel incommodum ad aliquem pertinet. *L. 1. §. in propria*, *infr. quan. ap. sit*. Hinc igitur coheredibus negotiorum gestorum actio. At non fuit Stichus hoc animo, ut illorum negotium gereret. Sed eum negotium alicuius est re vera, gerentis falsa opinio de re nihil mutat: nec eo minus ei, cuius negotium est, negotiorum gestorum actio competit. Recte autem Africanus actionem negotiorum gestorum hic dando, alteram illam familiæ ercifcundæ denegat. Cum enim hæc sit ex administratione heredis necessaria, tunc eum

cum ob factum eius competit; illa autem ex administratione voluntaria, id est utraque ex diversis & contrariis caussis: nunquam ambæ concurrere possunt in eandem caussam. *L. heredes*, §. *non tantum*, *supr. fam. erc* Nam quod in *L.* 3. *C. de neg. gest.* et heredi qui pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus est, dicitur eandem actionem (eadem autem illic intelligitur, quæ sit eadem cum actione negotiorum gestorum: nam hæc prius appellata erat) eandem, inquam, actionem, aut familiæ erciscundæ iudicium dari; apparet quidem ex verbis, diversis in caussis has actiones non dari, sed utramque in una hac caussa solutionis necessariæ, cum heres pignoris liberandi gratia debitum universum solvit. Sed eandem actionem cum Accursio & Bartolo illic accipere debemus, non specie eandem, ut intelligatur actio negotiorum gestorum; sed eandem genere, nempe singularem, non universalem, aliam tamen: ut intelligatur actio communi dividundo, quæ, ut negotiorum gestorum de rebus singulis competit, non, ut familiæ erciscundæ de universitate, id est, de hereditate, & administratione rerum hereditariarum.

QUAS VERO PECUNIAS] Ordine respondet de pecuniis a Sticho creditis. Qua parte hoc tractat in summa, an huius crediti nomine facto Stichi ulla acquiratur actio: neque hoc in universum; sed an acquiratur Stichi coheredibus. Nam an ulla acquiratur Sticho pro sua parte, nihil dicit; quod illa indicant. Etenim de vi mutui loquens ita concludit; *quare si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte coheredis peti posse, neque pignora teneri* Deinde agens de stipulatione, si quam Stichus interposuerit, ait eam, si utilis sit, acquiri hereditati ex re hereditaria, vel post aditam hereditatem coheredibus ex re ipsorum: hæ autem solum partes intelliguntur esse hereditariæ aut coheredum, quæ non sunt Stichi. Nam quæ Sticho iure hereditario quæsitæ sunt, hæ nec coheredum esse possunt, & acquisitione hereditatis desierunt esse hereditariæ. Sane de alienatione partis Stichi nonnihil attingit; sed ita, ut attigisse sufficiat, non autem ut ad quæstionem pertinens longius persequatur; sed de acquisitione tractans in una coheredum persona consistat, quæratque, quid his eius crediti nomine acquiratur. Quod eo factum existimari potest, quod si qua actio facto Stichi quæsita sit, ius certum esset eam ut ex re ipsius quæsitam illi libero iam facto acquiri, tametsi se servum putet. *L. acquiruntur*, §. *idem placet*, *infr. de acq. rer. dom.* *L. si liber*, *infr. de stip. ser.* Quæ ratio acquisitionis non item expedita est, cum quæritur, an etiam Stichus acquirat hereditati, aut heredibus, a quibus bona fide non possidetur. Quoniam autem si hinc acquiritur actio, necesse est eam aut ex mutuo ipso seu ipsa numeratione acquiri, aut acquiri ex stipulatione, si forte Stichus pecuniam sibi reddi stipulatus sit: ideo ad eam quæstionem explicandam, quam sibi proposuit, has ipsas partes ordine exsecutus est, ut cum de his dixisset, sciri posset nihil eum omisisse, quod ad quæstionem illi propositam pertineret. In quibus persequendis hoc servavit, prius ut de mutuo & numeratione, deinde de stipulatione diceret. De mutuo ita proponit: QUAS VERO PECUNIAS IPSE CREDIDISSET, EAS NON MAIORE EX PARTE, QUAM EX QUA IPSE HERES SIT, ALIENATAS ESSE. Quæ propositio ut intelligatur, partes distincte eius explicandæ sunt. Non enim dubium est, quin his verbis Africanus & de parte Stichi dicat, & de parte coheredum; pro illa parte pecunias alienatas esse; pro hac non esse alienatas. De quo etsi video prope inter omnes convenire; tamen ne quis propter difficultatem eius quod de parte Stichi dicitur, de eo dubitet, paucis demonstrandum est. Aut ergo hic oratio affirmativa est, quæ definat in negationem hoc modo; pecunias esse alienatas, ex parte quidem, sed non maiore, quam ex qua ipse sit heres; quo modo accipi melius est. Apparet enim hic negationem non ad partem referri, sed ad quantitatem partis, atque hoc dici; pecunias esse alienatas ex parte non maiore. Aut si quis mavult hic orationem negativam esse: sic negativa erit, ut definat in affirmationem, ac contrario ductu eodem redeat, hoc modo: pecunias non esse alienatas ex parte quæ sit maior, quam ex qua ipse sit heres: cæterum ex hac saltem esse alienatas. Hæc enim oratio, ex parte quæ maior sit, discretionis caussa adiecta est, quo ex pluribus partibus designaretur ac velut exciperetur certa, quam placeret non alienari. Qui de parte Stichi, & de parte maiore exprimit, & ex his solum maiorem excipit, quam alienatam neget, aperte alteram quæ est Stichi, relinquit, quam velit esse alienatam; alioqui dici debuit, non pecunias ex maiore parte non esse alienatas, sed nulla ex parte esse alienatas. Ne res testimoniis egeat, eadem plane oratio est Pauli in *L.* 2. *in f.* *infr.* de præt.

præt. stip. *Sed si lite contestata*, inquit, *possessor decesserit: unum ex heredibus non maiore ex parte damnandum, quam ex qua heres est:* ubi constat hoc dici ex ea saltem parte eum damnandum. Nec dissimilis locutio est illa in *L.* 1. *C. ne fil. pro patr.* cum dicitur, patrem ea filii persona non amplius quam de peculio actionem sustinere cogi: ubi, ut negatur eum cogi amplius sustinere; ita minime dubium est, quin hoc significetur, saltem de peculio cogi patrem excipere actionem. Item in *L. si duo, infr. dep.* illud: *nec enim amplius actoris interest*, valet: hactenus actoris interest, sed non amplius: quæ locutio passim occurret ut & in *L. qui duo, infr. de ser. rust. præd.* Quapropter non dubitabimus, quin superiore oratione non minus dicat pro parte Stichi pecunias alienatas esse, quam illud certum est, eum negare pro maiore parte, idest, pro parte coheredum esse alienatas. Proinde & de utraque sententia quod necesse sit, dicendum est. Utramque quidem ita hic complectitur Africanus, ut tamen eam, quæ est de parte coheredum, solum tractet. Nam & huius solius probationem subiecit; & colligens ex propositione, quod volebat, in conclusione nihil amplius posuit, quam quod pertinebat ad partem coheredum, pro hac nimirum parte pecunias non esse creditas; ut appareat eum, quod dixerat, pecunias pro parte Stichi alienatas esse, aut tanquam ad rem non pertinens omisisse, aut sententiam eam pro explorata posuisse. Sed ut maxime ad rem pertinet de alienatione partis Stichi in proposito intelligi: ita si qua sententia ex superioribus duabus falsa videri

8 deri potuit, hæc est maxime, † qua vult pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quo magis in hanc inquirendum est. Ut autem Africanus primam posuit pro confessa: ita & de ea priore loco transigemus. Videamus ergo, num verum sit pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quod omnes iam a principio ex quo pecuniæ creditæ sunt, ita esse accipiunt. A quibus longe dissentio: atque ita statuo: dum Stichus status sui ignarus pecunias credit, quandiu in eo errore versabitur, pecunias pro eius parte alienari non posse. Duæ res ad dominium alicuius rei transferendum, in eo qui transfert, necessariæ sunt: transferendi facultas, & voluntas, idest, ut dominus sit, qui tradit, & velit rem in alium transferre. Qui dominus non est, is utique dominium quod non habet, in alium non transtulerit. *L. traditio, infr. de acq. rer. dom.* Sed nihil agit transferendi facultas, nisi dominus rem suam tradendo hoc animo sit, ut transferat. *L. in omnibus rebus, infr. de obl. & act.* Stichum quidem in proposito pecuniæ hereditariæ pro portione hereditaria statim a morte defuncti dominum factum esse convenit. Is enim ut heres necessarius, etiam ignorans statim ipso iure exstitit domino heres: *L. ex parte, infr. de acq. her.* qua de caussa & in rerum omnium hereditariarum dominium, & cætera iura pro parte hereditaria successit. *L. heres in omne, infr. de acq. her. L. cum heredes, infr. de acq. poss.* Itaque & eius partis sine dubio alienationem habuit. Hæc enim potestas est omnium dominorum, nisi, si quibus nominatim est interdicta. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Sed non est hoc satis. Postquam ad transferendum animo & affectu opus est, nisi Stichus pecunias suas credendo transferre voluit, omnino non transtulit. At noluisse eum transferre error eius & iuris sui ignorantia evidenter demonstrant. Nemo enim errans, in eo in quo errat, consentire intelligitur. *L. si per errorem, supr. de iurisd. L.* 2. *supr. de iud.* Ex quo efficitur, ut qui pecunias alienas putans pro alienis tradidit, cum eius essent: eas non transtulerit, idest, non alienarit, Ne autem admodum necesse sit id ratiocinando efficere: consentiens veterum sententia est de hac ipsa specie de qua agitur, multis locis nominatim tradita. Si quis rem suam, quam putet esse alterius, eius nomine tradat, cuius eam esse putat, rem non alienari, nec fieri accipientis; & in totum neminem in dominio rei suæ errantem rei suæ dominium amittere. *L.* 3. *§. subtilius, infr. de cond. cau. dat. L. et si consensum, in fi. infr. de contr. em. L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Et hoc concedunt omnes, si quia rem suam transferre noluit, hunc non transferre. Sed tentant efficere Stichum in hac specie esse hoc animo, ut credendo voluerit transferre: quia scilicet defuncti sit heres, & sit hoc animo, ut velit transferre nomine defuncti: atque ita argumentantur: Vult Stichus pecuniam transferre, quæ domini est, idque nomine ipsius domini. Ipse Stichus eius pecuniæ pro parte dominus est, quia est pro parte heres. Vult igitur hactenus suam transferre, & suo nomine: proinde etiam transferet. In quo propositio istorum animadvertenda est. Aut enim hoc dicunt, Stichum peculiam domini nomine domini transferre velle, quisquis ille sit dominus; sive is a quo Calendario præpositus fuerat, sive

eo mortuo, heres eius qualiscunque: aut velle transferre pecuniam domini eius, cuius in potestate prius fuerat, & quem etiam nunc vivere putabat. Si hoc sentiunt, Stichum velle transferre pecuniam nomine domini, quicunque sit eius pecuniæ dominus: sane hoc concesso recte colligant etiam eum pro parte sua velle alienare, quia ipse partis sit dominus: sed ne ex eo aliquid exstruant, id dicunt, quod aperte falsum est. Nam quomodo Stichus cuiuslibet nomine, qui pecuniæ dominus esset, pecuniam crederet: qui eius unicum dominum & eum certum esse putabat, nempe eundem quem & vivere, & suum dominum esse existimabat, & cuius solius nomine fœnerabatur? Quod si hoc tantum intelligunt, Stichum velle pecuniam transferre, quæ domini sui esset, idque eius nomine: & tamen ex eo colligunt, velle etiam eum transferre pecuniam heredum, quia heres personam defuncti repræsentet; proinde & velle suam, quia ipse sit in numero heredum: nescio an quidquam dici possit his collectionibus vitiosius, aut ineptius. Non si voluit transferre rem domini sui, & eius nomine, ideo voluit eam transferre nomine heredum, quo casu eorum facta esset. Imo contra ideo noluit transferre heredum nomine, quia domini, quem vivere credebat, nomine transferre voluit. Qui de vivente cogitat, quatenus id facit, de eius heredibus non cogitat: quoniam viventis ut non est hereditas, *L. 1. de her. vel act. vend.* sic nulli heredes. Ac quominus de voluntate Stichi erga heredes in hac re dubitetur: in promptu est videre, cur qui domini sui nomine pecuniam credere & alienare voluit, noluerit eam credere aut alienare nomine heredum eius. Cur enim voluit in proposito Stichus pecunias alienare, & alienando credere? quia mandatum illi erat, ut faceret, & quia ad eam rem non officio tantum muneris sui, sed etiam necessitate parendi se teneri existimabat: iusserat enim dominus, cui servus parere necesse habebat. Utrumque cessat mortuo domino, præsertim si servus sit heres institutus. Primum, mandatum morte domini finitum est. *§. recte, Inst. mand.* Qui vivente eo, pecuniam credere vult propter mandatum: dicendum est eum mortuo domino, & finito mandato nolle transferre; quia caussa cessat, propter quam voluit. arg. in *L: quod dictum, supr. de pact.* Ut autem nihil aliud sit: tamen mortuo domino & Sticho sui iuris facto, atque adeo herede instituto, nulla amplius necessitas est, quæ eum cogat pecunias credere. Quare & hac necessitate sublata, eodem argumento probandum est eum non videri velle credere, qui id faciebat propter necessitatis opinionem. Quod tamen ne anxie superiore argumento defendamus, Labeonis sententia de hac re certa est in *L. liber, in fin. infr. de acq. rer. dom.* cum qui bona fide serviat, si iussu eius cui servit, quasi ex necessitate quid faciat, id eum nolle & in id consentire non videri. Vitiose ergo, ut dixi, colligitur: quia Stichus nomine domini sui pecuniam, quam eius esse putabat, alienare voluit: ideo & heredum eius nomine alienare voluisse. Illud non minus vitiose, quod sequitur. Concedamus enim Stichum hoc animo esse, ut pecuniam heredis transferat, & nomine heredis. Non ideo tamen consequens est, eum velle transferre suo nomine, quamvis sit heres. Imo ideo suo nomine ut heredis non vult id facere, quia se in numero heredum esse ignorat. Non enim consentiunt, qui errant. *d. L. si per errorem, supr. de iur. & facti ignor.* Et omnino prius est, ut quis se heredem esse sciat, quam ut tanquam heres quidquam facere cogitet. Quapropter qui & pecuniam suam, & se heredem esse ignoravit: is sine dubio neque eam pecuniam ut suam, neque heredis nomine alienare voluit, aut etiam potuit; eoque nec alienavit. Sunt qui longius progressi dicant, quod hic erravit Stichus ignorans pecuniam suam esse, errorem hunc non impedire alienationem: quia non multum oberret persona testatoris a persona heredis, sed sit prope eadem. Quasi hic quæratur, utrum Stichus in ius & locum defuncti successerit, ut eadem persona habeatur; ac non illud potius, an sciat Stichus se successisse: aut quasi quæratur, an is possit pecuniam quæ iure hereditario illius facta est, alienare; non autem an velit. Omnis vero de eo quæstio est, an velit. Quod si non vult, non alienabit; quantumvis eadem persona cum defuncto fuerit. Nisi hoc forte dicunt, Stichum nomine testatoris pecunias alienare voluisse: & quia hoc voluit, voluisse etiam nomine heredis, quoniam eadem sit utriusque persona. Quod si sentiunt: duo sunt in eo peccata animadvertenda. Primum quod Stichus in hac specie non credidit pecuniam testatoris ut testatoris, seu eius in cuius locum alius successerat, ut quis dicat Stichum de herede defuncti cogitasse; sed credidit ut pecuniam domini viventis, & qui nullum heredem habere tum potuerit. Deinde quia etsi nomine heredis pecuniam credidisset: non tamen dici posset credidisse eam nomine

mine suo, ut qui se heredem esse non putaret. Neque vero eadem ratio est, eur velit alienare pecuniam suam, quæ ratio facit, ut velit alienare pecuniam domini. Cur velit pecuniam domini ut domini alienare, necessitatis opinio facit; quia ut dominum putat vivere: ita se officio institoris & iussu domini, ut alienet, cogi existimat. In suis rebus, quas quis suas esse sciat, & tractet ut suas, unusquisque indicio suo & sua libertate utitur: ut si nulla alia sit causa transferendi, quam necessitas, omnino nolit transferre: quia hæc omnis necessitas illi sit amota. Summa huc redit: Ignorare Stichum in proposito pecuniam hereditariam pro parte suam esse, eum in eius dominio erret: in eo transferendo consentire non posse, eoque nec pecuniam alienare; & omnino eum qui erret in dominio rei suæ, quantumvis alterius nomine eam tradat, rem tamen non alienare, nec dominium rei suæ amittere. *d. L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Nihil adversus hanc sententiam pro vulgari sententia facit *L. servum Titii, infr. mand.* Titius servum suum, quem meum putabat, mandatu meo vendidit, & in eo errore emptori tradidit. Illic scriptum est, *vindicationem servi ei* adversus emptorem *non concedendam* Primum, non ideo non conceditur ei vindicatio, quia servum ipso iure in emptorem transtulerit: quod errans & ideo non consentiens non potuit facere; sed quia effectu ei non conceditur. Obstat enim vindicanti doli mali exceptio, ut ei qui si servum a se venditum non tradidisset, ultro teneretur ex empto, ut eum emptori traderet: denique, ut ei qui improbe servum evincere conetur, qui servo ab aliis evicto de evictione teneatur. *L. vindicantem, infr. de evict.* Sed huic exceptioni tunc locus est, cum Titius vindicans negabit se servum vendidisse. Quod si fatebitur, & nihilominus vindicet: omnino ei vindicatio a prætore non dabitur: ut nec alias solet actio dari, ubi actor de exceptione adversarii iusta confitetur. *L. nam posteaquam, in pr. infr. de iureiur.* Quorsum enim hic actio, cum eo concesso quod in exceptione est, statim lis tollatur, quia constet reum semper & statim absolvi oportere? De confitente autem Titio agitur in *d. L. servum, mand.* Non mirum, si absolute dictum est, vindicationem ei non concedendam; etsi re vera iure ipso dominium in emptorem non transtulerit. Tum autem etsi quis concesserit eum transtulisse: nihil tamen hoc ad eam speciem de qua agimus, pertinet. Illic enim Titius, qui servum vendiderat, suo nomine obligatus erat, ut traderet. *L. procurator qui pro, supr. de proc.* Et quod ignorans fecit, etsi non fecit volens; tamen errore detecto, implere cogitur propter obligationem. At Stichus in proposito, ut noluit pecuniam suam transferre errans: sic nulla obligatione tenetur debitoribus, quibus eam credidit, ut eam apud illos manere patiatur. Quæ si ita sunt: nihil omnino dici potest, cur non verissimum sit, quod proposui: quandiu Stichus status sui ignarus pecunias credidit, etsi maxime pro parte eius sint: tamen in eo errore nec pro ea parte esse alienatas, qui errans alienare noluerit.

Quid ergo? volumus Africanum hoc loco non dicere, pecunias pro parte Stichi esse alienatas: aut si dicit, id falsum esse? Imo vero & dicit hactenus esse alienatas, ut supra ostendimus; & quod dicit, verum esse volumus. Sed videndum est, pro quo tempore id dicat. Ita etiam & vere hoc eum dicere, & nihil id superiori sententiæ adversari intelligemus. Pecuniæ, inquit, non ex maiore parte alienatæ sunt, quam ex qua Stichus heres est: ergo ex hac saltem parte sunt alienatæ. Recte hoc dicitur: sed ex hypothesi Africano proposita, & ad quam hæc propositio accommodata est; nempe tunc, non cum Stichus adhuc status sui ignarus pecunias non aliter pro ereditis habet, quam domini viventis pecunias; sed cum de iure suo admonitus pecunias etiamnunc vult esse creditas, & apud debitores manere; quæriturque, an saltem hoc casu tanquam creditæ peti possint, non solum pro parte Stichi, sed etiam pro parte coheredum. Hic vero recte respondet, etsi forte hoc casu pecuniæ pro parte Stichi alienatæ sint, ut sunt: non tamen ex maiore parte esse alienatas; hinc fieri, ut nec hoc casu pro parte coheredum tanquam creditæ peti possint. An hoc sentiat, ex conclusione, quam ex hac propositione efficit, sumendum est. Colligitur enim in conclusione id, de quo quærebatur. Sic autem conclusio Africani est ex hac propositione: *quare*, inquit, *si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte coheredum peti posse.* His verbis ostendit se de ea specie agere, cum pecunia credita pro parte cuiusque heredum petebatur, quærebaturque, an ita pro parte cuiusque peti posset. De eo enim respondet, quod erat in quæstione; respondet autem posse peti pro parte Stichi ut creditam & alienatam; at pro parte coheredis non posse. Non est huic quæstioni

auc

aut responso locus, nisi tunc, cum Stichus sciit se heredem, & pecunias vult etiam nunc manere creditas. Neque enim partem hereditariam petere potest, nisi ut heres: nec potest petere ut heres, nisi se heredem factum sciat. Ut creditam autem petere aut ab aliis peti velle nullo modo potest, nisi prius velit creditam. Hoc vero si facit, postquam de iure suo & coheredum cognovit; hic demum, inquam, vere respondetur, quod Africanus ait, ita pro parte Stichi pecunias alienatas esse, ut tamen maiore ex parte non sint alienatæ, quantomvis ille velit omnes quas prius crediderat, etiam nunc esse creditas: quoniam pro parte coheredum non sit earum dominus, de quo postea.
9 † Cæterum ex qua parte ipse heres sit, pecunias hoc casu esse alienatas verum est. Nam antea quidem, ut & nunc, suæ partis dominus fuit; sed voluntas rem suam alienandi illi deerat, quia suam esse ignorabat. Nunc de iure suo certior factus vult eandem pecuniam, eamque ut suam alienatam esse: nihil hic deesse potest ad iustam pecuniæ alienationem. Non enim ad rem pertinet, quod pecunias iterum debitoribus non tradidit. Cum iam pecuniæ apud debitores essent: sine alia traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam. *L. qua ratione*, *§. interdum*, *infr. de acq. rer. dom.* Ex quo tempore eadem voluntate pro parte Stichi fient creditæ etiam ante quam moveantur. *L. certi*, *§. ult. supr. eod.* Hoc autem sentire Africanum non minus ex probatione, quam subiicit, intelligi potest. Propositio ab illo posita est, quæ est duplex: pecunias nimirum pro parte coheredum non esse alienatas; pro parte autem Stichi esse alienatas. Huius propositionis confirmationem subiiciens, solum in eo laboravit, ut ostenderet verum esse, quod de parte coheredum dixerat; de parte Stichi nihil dixit. Ex quo apparet illum, quod de ea parte dicebat, pro certo & explorato habuisse: certe pro eo, quod nulla probatione admodum indigeret: Alioqui esset ineptissimus, si cum in ea sententia quæ est de parte Stichi, plus esset difficultatis: tamen huius probatione omissa, in illa altera, quæ minus dubitationis haberet, consisteret. Vel hoc ipsum satis argumenti est, non loqui Africanum de eo tempore, quo Stichus adhuc statum suum ignorabat. Nam pro eo quoque tempore si diceret pecunias pro parte Stichi esse alienatas, etsi quis daret sententiam non plane falsam esse: tamen Africanus id diceret, quod præcipuam & certam dubitationem haberet: & eam quæ multo citius esset diluenda, si Africano credere vellemus, quam illa, quæ in alteram sententiam incurrit. Nam potestatem Stichi in pecunia tota alienanda finitam esse morte domini, multo proclivius est existimari, quam eum partis suæ dominium errantem amittere aut transferre. Prius quidem in mandato generaliter receptum est ab omnibus; posterius a nemine: & quidem statim manifestis regulis iuris adversari videtur, ut & re vera adversatur: nemo enim dominium rei suæ transfert sine consensu. Quis est autem, qui in dubium revocet, quod a veteribus traditum est, errantem non consentire? De hoc igitur si Africanus ageret, & diceret Stichum nihilominus in hoc errore pecunias suas alienasse: conveniebat præcipue hoc illum confirmare, & ea quæ omnibus iam aperte contra occurrunt, in primis diluere: ne quis aut illum ista non vidisse putaret, quæ omnes intelligunt; aut iuste illum irrideret, qui rem minime dubiam instituisset probare; rei autem maxime dubiæ, & quam nemo illi daret, probationem omisisset. Cur ergo huius partis probationem ut in re certa & velut confessa prætermisit? Non alia in prudente & acuto scriptore, qualis est Africanus, ratio reddi potest, quam quod de ea specie non agebat, in quam superior dubitatio de errante incurreret: idest, quia de eo tempore non agebatur, quo erraret Stichus; sed quo post cognitum ab eo testamentum de pecuniis pro parte eius & coheredum repetendis quærebatur. Hoc vero tempore nulla est dubitatio de partis Stichi alienatione, cum possit & velit tum alienare. At est iusta de eo, quod dicit partes coheredum non esse alienatas. Etsi enim Stichus non est earum dominus: tamen existimari potest eum propter potestatem alienandi a domino acceptam, etiam mortuo domino, ius alienandi habuisse, quasi ea potestas morte domini non esset exstincta. Quamobrem & ad eam dubitationem tollendam solum confirmationem suam contulit: de qua iam videamus.

Ait igitur pecunias pro parte coheredum (quæ pars illa est maior, ex qua Stichus heres non exstitit) non esse alienatas. Huic parti obstabat, ut dixi, potestas Stichi præcedens. Nam si hæc mortuo domino mansit, pecuniæ sunt alienatæ. Nec quidquam ad rem pertinuerit, quod Stichus pro parte coheredum non est dominus. Nam nec vivo domino ulla ex parte pecuniarum dominus fuit. Pecunias tamen iure credidit, & alienavit, quia institor erat, & voluntate domini in eo utebatur. Quare & mortuo domino eodem iure

iure pecunias alienaverit, si manet institor. Quod ita esse facile quis dixerit: quia potestas quæ illi data erat, aperte revocata non proponitur; sed maxime tunc, cum ille mortuum dominum ignorans ignorantibus debitoribus credidit; nam ignorantes debitores illi solvendo liberantur, quod videatur alicui pro vetere institoris potestate fieri. Quidni ergo & ignorans ignorantibus credendo pecuniarum dominium eadem potestate transferat? † Ergo hanc dubitationem removens docet potestatem alienandi, quæ prius fuerat, sola morte domini sine alia revocatione finitam esse, & institorem esse desiisse, qui prius fuerat. Id probat exemplo procuratoris, cui pecuniæ in hoc ipsum specialiter datæ sunt, ut eas Sticho crederet. Hoc enim mandatum, quod & de potestate credendi, & de persona cui credatur, aperte & nominatim exprimit, si non plus tribuit; at certe multo evidentius & certius est, quam illud, cum pecuniis Sticho datis generaliter & infinite iubetur eas exercere. Et tamen si quod tale mandatum sit de pecunia credenda, quale diximus: si procurator mortuo domino pecunias Sticho credat, non faciet nummos accipientis, quamvis ignorans credat: ut dicendum sit multo minus id tum futurum, cum sciens dominum decessisse pecunias crediderit, aut pro creditis habere voluerit. Quæ res ostendit etiam huius procuratoris potestatem morte domini exstingui. Quanto ergo magis hæc omnis potestas Stichi, quæ non aliter illi quam generaliter tributa est, morte domini finietur: ut pecuniam iam alienare non possit, qui & eius dominus non est, & per domini mortem voluntate ac potestate vetere destituitur? Poterat Africanus usurpare generale illud, quod de mandato traditum, & ab omnibus receptum erat; & idem valet, mandatum morte mandantis solvi. §. *recte*, *Inst. de mand.* Sed hæc sententia certius intelligitur, si in eo procuratore, cui specialiter quid mandatum est, huius quoque potestatem, & domini mandatum morte domini finiri dixeris. Ideo huius exemplo ad maiorem confirmationem uti maluit: ut esset hæc collectio. Si mandatum quamvis speciale de pecuniis credendis morte domini finitur; multo magis de generali idem probandum esse, quale est in Sticho, quod nunc proponitur. Sed tamen in summa huc res redit, ut eandem illam sententiam generaliter confirmet, velitque omne mandatum morte domini finiri: eoque & cum mandato omnem alienandi, quæ ex mandato pendebat, potestatem.

Non obstare ait, quod debitores ignorantes Sticho solventes liberentur; non enim ut hoc receptum est, ita & illud receptum, ut Stichus credendo nummos alienet. Sed cur non hoc quoque itidem receptum? nihil enim Africanus adiecit, contentus, credo, id quod pro iure certo receptum erat, ponere; quod de iure respondenti, de quo consulebatur, satis putabat. Nobis autem ius atque hunc locum interpretantibus quærendum est; potest enim non recte constitutum videri. In quo hæc esse possit dubitatio. Nam si institor & procurator mortuo domino potestatem debitoris liberandi, quam prius habuerunt, retinent: quomodo potestatem alienandi, quæ prioris potestatis pars est, mortuo domino amittant? Veterem potestatem, quæ nulla ex parte nova voluntate revocata est, aut in totum mortuo domino retineant, aut in totum morte eius amittant oportet. Sed facilis hic & expedita responsio est: nempe totum hoc esse verissimum; sed his adversari, qui fateantur illos post mortem domini veterem potestatem ex aliqua parte retinere, ut vel debitores solventes liberare possint. Nos autem istam potestatem morte domini in totum finiri dicimus, ut non magis possint liberare debitores, quamvis ignorantes, quam possunt pecunias alienare. Finitur enim domini morte mandatum. Hoc finito, etiam illam potestatem, quæ mandato sustinebatur, finiri necesse est. Potestate sublata, consequens est, illa quæ eius potestatis partes erant, simul intercidant. Liberantur quidem debitores Sticho solventes, ut hic dicitur; sed non ideo Stichus eos liberat, quantumvis dominum decessisse & ipse & illi ignorent. Quæ res liberat igitur? iusta ipsorum ignorantia, quæ illis nocere non debet, ut est in §. *recte Inst. de mand.* Et ideo Africanus toto hoc loco cum de liberatione debitorum ageret, diligenter cavit & hic, & in principio ne diceret Stichum debitores sibi solventes liberasse; sed ubique dixit debitores ei solventes liberari; cum intelligeret omnem hanc liberationem non ex facto & potestate Stichi, sed ex hac ignorantia contingere. Quod si institor procuratorve mortuo domino pariter nec debitores liberare, nec pecunias alienare potest, & omnino omnis eorum potestas finita est; non est quærendum, cur in hac potestate unum illis potius facere non liceat, quam alterum; cum pariter neutrum illis liceat. At enim in debitorum ignorantia hæc saltem inter ipsos differentia relinquitur, quod ignorantes si solvant, liberantur; si pecuniam acci-

accipiant, pecunia in eos non transfertur. Huius etiam differentiæ rationem recte quis requirat. Concedimus enim ignorantiam debitorum facere, ut solvendo ei, quem adhuc institorem aut procuratorem putent, liberentur: cur non hæc eadem ignorantia facit, ut ab his ipsis ignorantes accipiendo pecuniæ dominium acquirant? Non transfertur dominium, inquies, nisi sit qui transferat: nec potest transferre, qui dominus non fuit, aut voluntate domini non transtulit. *L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Licet & circa solutionem idem respondere. Ut enim iure dominium non transfertur, nisi is tradit, qui ius transferendi habeat: sic nec eodem iure contingit liberatio, nisi ei solvitur, qui ius liberandi habuit, puta creditori, aut alii voluntate eius. *L. solutam*, *infr. de solut.* Et tamen tribuitur hoc iustæ ignorantiæ, ut quamvis ei solvatur, qui liberandi potestatem nullam habet; nihilo minus liberetur debitor, si ei solverit, cui olim de pecunia exigenda mandatum erat, dum mandatum & voluntatem domini finitam esse ignoret. *d.* §. *recte*, *Inst. de mand.* Cur non eadem ratione & pecunia transferatur in accipientem propter iustam ignorantiam, si ab eo creditum acceperit, cui mandatum erat de pecuniis credendis, & mandatum adhuc perseverare existimet? Dices proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum, quæ vulgaris hic ratio est ex *L. Arrianus*, *infr. de obl. & act.* Nihil hoc ad rem pertinet. Non enim hic quæritur, an inviti debitores pecunia accepta obligentur, sed an volentes accipiendo eam acquirant, & ea quæsita, volentes obligentur. Illic propensio esse debet ad aliquem non obligandum, ubi is se obligari non vult. Adversus volentem autem eiusmodi aliquid statuere est absurdum. Certe volentes quid acquirere, & volentes obligari non minus æquum est, & iure permissum omnibus, quam volentes liberari, si utrumque fiat iustis & constitutis modis. *L. sicut*, *C. de obl. & act.* Vera differentiæ ratio hæc est: quod debitores, qui solverunt, laborant, ne si non liberentur, damno afficiantur, & pecuniam amittant; qui autem mutuam pecuniam acceperunt, dum eam suam fieri volunt, id agunt, ut acquirant. Iustæ ignorantiæ abunde sufficere debet, si ignorantibus non noceat, non etiam eo usque producenda est, ut illis prosit. Multum enim interest, utrum damnum quis faciat, an lucro aliquo uti prohibeatur: amittat quid de suo, an de alieno non acquirat, ut est in *L. Proculus*, *in fin. infr. de damn. infr. L. ult.* §. *pen. C. de eod.* Et generaliter definiemus: ubi quid tribuitur iure alicui, sive actio, sive beneficium aliquod in hoc, ne res aliqua certa ei noceat: ibi actionem & beneficium locum non habere, ubi id agatur, ut illa res prosit. Quod ex his, quæ circa actionem de aqua pluvia arcenda veteres tradiderunt, intelligitur. Prodita est ea actio, si opere a vicino facto aqua pluvia mihi noceat. Ex hoc ipso veteres collegerunt, si vicinus fecerit, ne ea mihi prosit, quæ alioqui decurrens mihi proderat, aut prodesse poterat, cessare actionem. *L.* 1. §. *sicut*, *l.* 2. §. *item Varus*, *infr. de aq. & aq. plu. arc.* Id huc transferendum est. Debitori qui mandato soluto ignorans solvit, tribuitur liberatio nominatim ideo, ne illi iusta ignorantia noceat. *d.* §. *recte*, *Inst. de man.* Hac ipsa de causa efficitur, ne hæc ignorantia illi prosit ad acquirendum, quod prius non habuit.

Hæc Africani sententia & confirmatio est de pecuniæ pro parte coheredum alienatione. In qua apparet eum duo hæc sumere: Primum, etiam eum procuratorem, cui pecuniæ nominatim datæ sunt in hoc, ut eas Titio crederet, si mortuo domino eas Titio crediderit, non facere nummos accipientis: itaque etiam huius potestatem, ut & reliquorum quibus quid mandatum est, morte domini finiri. Deinde huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum. Quibus positis efficitur quod proposuerat, hunc Stichum post mortem domini pecunias credendo, eas pro parte coheredum non alienasse. De collectione dubitari non potest, si vera sunt, quæ sumuntur. Sed vocantur illa in quæstionem. Itaque de utroque paucis cognoscendum est. Ac procuratorem cui quid datum est in hoc, ut id ipsum Titio daret, post mortem domini Titio dando dominium non transferre, etiam Iuliani sententia est in *L.* 2. §. *si pecuniam*, *infr. de don.* † Sed adversari videtur *L. fundi*, *infr. de acq. poss.* ubi si venditor fundi mandaverit alicui vel procuratori vel amico, ut possessionem Titio emptori traderet, & procurator mortuo domino tradiderit ignorans ignoranti: placet possessionem recte traditam: idest, ita traditam, ut ea & quidem iusta emptori acquiratur. Et hoc omnes sic acceperunt, ut fateantur illic mandatum domini morte non finitum; sed eo possessionem transferri dicunt, quia mandaverat dominus id fieri, ad quod præstandum tenebatur: id ubi accidat, toties mandatum etiam post mortem 12

tem domini manere. Sed ex hoc responso incidunt in aliud incommodum maius: admittunt enim in procuratore, qui in rem suam datus non sit, aliquando evenire, ut mandatum morte domini non solvatur: quod non solum notæ regulæ iuris adversatur, quæ traditur in §. *recte*, *Inst. de mand.* *L. inter*, *infr. mand.* sed etiam fieri non potest. Si mortui nulla voluntas est; non potest, quin ea quæ prius fuerat, morte domini finiatur, quæcunque tandem caussa fingatur, cur vivus voluerit: ut & finiri eam traditum est in *L.* 4. *infr. loc* Quomodo ergo in superiore specie mortuo domino eam manere defendemus? Quod si morte finitur voluntas, finitur & mandatum: neque enim aliud est mandatum, quam mandantis voluntas de eo, ut fiat, quod mandatur. Et cur metuamus in totum sententiam iuris retinere, morte mandantis solvi mandatum, ubi nulla necessitas nos cogat ab ea discedere? Neque vero nos cogit *L. fundi*, *de acq. poss.* atque adeo ne tantillum quidem huic loco circa mandatum & potestatem procuratoris adversatur. Ut enim hic mortuo domino procurator pecunias tradendo, pro vetere potestate nummos non facit accipientis, & in totum pro vetere potestate quæ finita est, nihil transfert: sic nec illic procurator mortuo domino transfert possessionem, aut eam facit accipientis, tametsi rem tradendo accipienti, caussam præstat, ut ille possidere incipiat. Id si docemus, nihil adfertur ex eo loco, quo probetur post mortem domini in procuratore eius loci veterem possessionem mansisse. Atqui nihil facilius, quam ostendere in specie *L. fundi*, procuratorem seu amicum venditoris mortuo eo possessionem in emptorem non transtulisse. Primum ex persona sua quomodo transferret, quam ipse non habuit? neque enim rem tenebat ut suam, sed ut alienam & alieno nomine, quamque in id nominatim acceperat, ut alii statim traderet: quod qui faciunt, eos non possidere certum est. *L. sciendum*, *supr. qui satisd. cog.* §. *idem placet*. *Inst. per quas per*. *L. quod meo*, *infr. de acq. poss.* Ex persona vero domini eiusdemque venditoris fuerit sane illi ius possessionis transferendæ, si quam ille habuit. At hæc eo mortuo nulla est. Sic enim quisque moriens possidere desinit, ut nec possessio ad heredem pertineat, nisi ab eo naturaliter comprehensa. *L. cum heredes*, *L. qui universas*, §. *quod per colonum*, *infr. de acq. poss.* Possessionem igitur sine dubio illic procurator transferre non potuit, quæ nulla neque in ipso defuncto, neque in heredibus fuerit. Itaque, quod illic dicitur mortuo domino recte ab ignorante procuratore possessionem traditam: ideo dictum est, non quia traderetur aut transferretur aliqua possessio, quæ tum esset, quia nulla erat; sed quia novæ adipiscendæ caussa emptori præberetur, quæ possessio postea secuta est. Quid refert, dixerit aliquis, si hæc ipsa nova possessio procuratoris traditione acquiritur? sic enim & hanc procuratoris iure etiam post mortem domini manente acquiri dixeris. Atqui hæc etiam eius traditione videtur acquiri. Non ita est. Alterius traditione dici possumus acquirere possessionem, quæ ab aliquo traditur; quæ vero traditur a nemine, eam alterius traditione acquiri dicere non possumus. At enim acquiritur hæc possessio ideo, quia fundus a procuratore traditus est. Etsi hoc fateremur: non tamen ideo efficeretur post domini mortem ius ullum procuratoris manere: diceremus enim acquiri inde possessionem, non quia ius aliquod rei tradendæ procurator haberet, sed solum quia rem tradidisset, etsi nullo iure. Sed longius progredimur, dicimusque, & verum est, nec possessionem fundi ideo acquiri emptori, quia procurator ei fundum tradiderit: nedum acquiratur ideo, quia & possessionem tradiderit. Possessionem acquirit emptor facto suo & sua voluntate, non alieno facto, alienave traditione. Hoc enim ipso, quod fundum ingreditur hoc animo, ut possideat, possessionem acquirit: idque ipsum faceret, etsi nemo illi rem traderet, si modo prius vacua esset possessio: quippe possessio corpore & animo nostro nobis, non alieno facto acquiritur. *L.* 3 *infr. de acq. poss.* Argumento est prædo: qui vetere possessore deiecto si rem occupet, incipit possidere, quia voluit, nec in eo alienam traditionem desiderat. *L.* 1. §. *interdictum autem*, *iuncto* §. *qui a me*, & §. *vi possidere*, *infr. unde vi*. Possidet ille quidem iniuste, quia vi; sed tamen vere & proprie: quia ad summam possessionis nihil interest, iuste quis an iniuste possideat. *L.* 3. §. *ex contrario*, *infr. de acq. poss.* Cur ergo in specie *L. fundi*, exigitur, ut procurator mortuo domino rem tradat, dominum decessisse ignorans, nec invitis heredibus? Non utique ut transferat in emptorem, quod non habet; aut ut vetere potestate utatur quæ finita est: denique non ut emptor possidere incipiat; sed, ut illic significatur, ut incipiat emptor possidere recte: idest, iuste & bona fide: quod ita fit, si

aut vere voluntate domini possessionem nanciscatur; *L. 5. infr. de acq. poss.* aut iusto errore putet se voluntate domini id facere. *L. quod vulgo, infr. pro empt.* Atque id contingit in superiore specie, cum procurator tradit mortuo domino, quem emptor ignorat decessisse. Quid, si procurator dominum decessisse sciat, & rem tradat emptori ignoranti? Non eo minus possidebit emptor, nactus possessionem animo & corpore, eamque vacuam. *d. L. 3. de acq. poss.* Nec minus possidebit iuste, quia bona fide, *d. L. quod vulgo, pro empt.* Sed ipse procurator hoc casu non recte tradit possessionem, ut dicitur in *d. L. fundi:* quod non eo spectat, ut non transferatur possessio; sed ne habeat adversus heredes mandati actionem, si quid in eam rem impenderit. *L. hoc iure, §. si quis dederit, infr. de don.* Quae si ita sunt; apparet in *L. fundi*, nihil dici, quo adversus sententiam huius loci significetur, domino mortuo mandatum non finiri, aut procuratorem etiam tunc pro vetere potestate aliquid posse facere, aut in aliquem posse transferre. Denique utroque in loco omnia consentanea. Non potest procurator mortuo domino pro potestate veteris mandati dominium transferre, ut hic traditur. Non potest nec in specie *L. fundi*, pro vetere mandato domino mortuo transferre possessionem: quia nulla illic res fuit, quam natura posset transferre. Neque illic possessionis ab eo translatae argumentum est, quod fundo ab eo tradito emptor possessionem acquirit; hanc enim acquirit suo facto, non procuratoris iure aut potestate, ut ostendimus. At saltem, dicet quispiam, inter utrumque locum haec dissimilitudo est, quod hoc loco procuratore post mortem domini pecunias credente, ut dominium ab eo non transfertur: sic nec acquiritur accipienti. Contra in *L. fundi*, procuratore post mortem domini iuxta vetus mandatum fundum possidendum tradente, etsi non traditur ab eo possessio quam nullam habet, tamen possessio accipienti acquiritur. Est plane his in locis haec dissimilitudo; sed qua nihil mutatur in eo iure, quo mandatum domini & potestatem procuratoris morte domini finiri dicimus; & omnino ea dissimilitudo, quae nihil in se habeat repugnans. Quod enim hic dominium tradente procuratore non acquiritur, illic eo tradente acquiritur possessio; discrimen est non in iure & potestate procuratoris, qui mortuo domino ad utrumque transferendum pariter nihil iuris habet; sed in conditione rerum istarum quas acquiri volumus: alia enim caussa est possessionis acquirendae, alia dominii. Possessio, ut dixi, si vacua est, (ut in specie *L. fundi*, acciderat, domino nimirum mortuo, & heredibus possessionem fundi nondum adeptis) acquiritur, ut quisque fundum ingressus hoc animo est, ut velit possidere. *d. L. 3. de acq. poss.* Dominium non aliter, quam si dominus transferat, dum aut ipse rem tradit, aut alius voluntate eius hoc animo, ut res fiat accipientis. *§. per traditionem. Inst. de rer. divis. L. qua ratione, §. hae quoque, infr. de acq. rer. dom.* Observandum est autem diligenter hic nos de eo agere, cui nummi a domino dati sint nominatim in hoc, ut eos Titio crederet: quae verba ad eum pertinent, cui nummi soluti traditi sunt, non ut eius fierent; sed ut procurator esset, & administer in pecunia, quae domini mansit, ad Titium perferenda & ei credenda: qua in specie recte ut mandatum domini, sic potestatem alienandi morte domini finiri dicimus. Non idem probandum est, si cui nummi a domino vere dati sint, idest, ita dati, ut accipientis fierent, puta dati mutuo. Nam ut maxime hi hac lege dati sint, seu in hoc, ut debitor eos Titio redderet; quamvis debitor eos Titio reddiderit, mortuo creditore; tamen pecunia fiet Titii, sive mortuum scivit, sive ignoravit is qui dabat; scilicet quia pecunia fuit dantis, ut est in *L. hoc iure, § si quis dederit, infr. de don.* Suam quisque rem alienare potest suo iure, non alieno mandato. Hoc amplius, etiam mortuo creditore, pecuniam Titio dando, ibidem placet debitorem hoc casu liberari. Quod & ipsum non est huic loco contrarium. Etsi enim dum ille liberari dicitur, declaratur eum veterem potestatem etiam mortuo creditore retinere: non tamen ideo significatur, etiam mortuo domino manere mandatum, & potestatem mandato tributam; propterea quod haec alii solvendi potestas debitori data est, non creditoris mandato; sed conventione & lege traditioni mutui dicta. Hac conventione obligatio certam conditionem accepit, quam nec vivus creditor, si revocare vellet, immutare poterit, *L. vero, infr. de sol.* Multo minus, eo aperte non revocante, mors eius quaesitum debitori ius adimet.

Restat alterum, quod sibi concedi vult Africanus, & concedi necesse est, si procuratoris exemplo in hac re recte utitur: Stichum nimirum qui calendario praepositus est, etiam in pecuniarum alienatione procuratori similem esse: ut quemadmodum hic mortuo domino pecunias aliena-

re

re non poteſt, de quibus Titio daudis nominatim mandatum acceperat: ſic huius exemplo nec poſſit Stichus quantumvis ge-
12 neraliter Calendario præpoſitus. † Qua parte maxime confirmat Stichum poſt mortem domini omni ex parte inſtitorem eſſe deſiiſſe: & quidem multo apertius, quam tum fecit, cum dixit debitores ei poſt mortem domini ſolventes, ſi dominum deceſſiſſe ſcirent, non liberari: nam ſaltem tunc liberari admittit, cum ignorantes ſolverunt. Hic autem Stichum negat poſt mortem domini ullo modo pecunias alienare, ſive debitores quibus creditæ ſunt, dominum deceſſiſſe ſciant, ſive ignorent. Ita hic omnium apertiſſime ſignificat veterem Stichi poteſtatem morte domini in hac ſpecie plane intercidiſſe. Quamobrem hic præcipue quærendi locus eſt, quomodo & prius illud de debitoribus Sticho poſt mortem domini ſolventibus non liberatis; & hoc poſterius de pecuniis ab eo poſt domini mortem non alienatis, conveniat cum eo, quod de inſtitore traditur in *L. ſi quis mancipiis*, *§. ſi impubes*, *& §. eius*, *ſeq. infr. de inſt. act.* Illic ſcriptum eſt; ſi mortuo domino cum inſtitore contractum ſit, quamvis ab eo, qui ſciat dominum deceſſiſſe: tamen in heredem actionem dandam, etiam ſi heres ſit pupillus aut furioſus: partim *propter utilitatem promiſcui uſus*; partim quia non *ſit imputandum ei*, *qui ſciens dominum deceſſiſſe*, *cum inſtitore mercem exercente contrahat*. Tot enim rationes illic adiiciuntur. Si ex eo, quod cum vetere inſtitore poſt mortem domini contractum fuit, eſt inſtitoria: is eſt inſtitor, cum quo contractum eſt. Sed ſi ulla eſt actio ex eius contractu adverſus heredem, is eſt inſtitor, ex cuius contractu actio eſt: neque enim heredem obligare poſſet niſi inſtitor: ideſt, is in quo vetus poteſtas manſiſſet. Quod ſi verum eſt: non ſolum male hic comparatur Stichus cum procuratore, ſi modo Stichus eſt inſtitor, ut eſt; ſed etiam quæ Africanus dicit, in contrarium mutantur omnia, ut & debitores Sticho ſolventes liberentur, quamvis ſciant dominum deceſſiſſe; & Stichus quamvis dominum deceſſiſſe non ignorans, pecunias credendo alienet: horum enim utrumque in vero inſtitore contingeret. Quod ſi qui cum inſtitore ipſo poſt mortem domini contrahendo, actionem adverſus heredem ſibi acquirunt: cur non & tunc inſtitori ſolvendo, liberationem, & ab eo pecunias pro vetere mandato accipiendo, earum dominium ſibi acquirant? Et multa in ſuperiore loco Ulpiani occurrunt, quæ prima fronte videantur oſtendere diſſimilitudinem horum locorum, cum in perſona eorum de quibus agitur, tum in factis eorum, nec non in finiendi mandati modo: ſed nihil eorum idoneum ad rem expediendam. In perſona hæc ſunt. Loquitur Ulpianus de inſtitore. Quid ergo, ſi dicamus Stichum hic non eſſe inſtitorem, ſed magis ſimilem eſſe procuratori? Non licet: Nam & qui Calendario, ideſt, pecuniis fœnerandis præpoſitus eſt, non minus eſt inſtitor *L. 5. infr. de inſt. act.* Rurſum loquitur Ulpianus de inſtitore mercem, cui præpoſitus eſt, exercente. Quid igitur, ſi hoc ſumamus potius ad hos locos diſtinguendos? nam hic de eo agitur, qui mercibus præpoſitus non eſt, ſed Calendario. Sed hoc reſponſo magis locos ipſos inter ſe opponimus. Nam ſi inſtitoris Calendario præpoſiti mandatum finitur domini morte: non poteſt quin finiatur & eius, qui mercibus eſt præpoſitus. Una eſt enim in omnibus finiendi mandati cauſa, ſi voluntas domini finita ſit. Hæc morte domini eſſe deſinit. *L. 4. infr. locat.* nec mors alia eſt in uno aliquo, quam in cæteris omnibus. Dices pertinere ad ſummam reipublicæ, ne morte eius qui præpoſuit mercibus inſtitorem, finiatur præpoſitio. Etſi hoc negari poteſt, & vero negat Ulpianus in *L. 1. §. licet*, *infr. de exerc. act.* tamen ut quis conceſſerit, nihil ad rem pertinet. Non enim inſtitorem publica utilitas facit, ſed domini voluntas. De hac igitur quærendum eſt: hac ſublata, non poſſit eſſe inſtitor, qui prius fuerat, quantumvis quis dicat publice intereſſe omnium, ut is mortuo domino merces exerceat. Non poteſt quidem fieri, quin inſtitore homine induſtrio publice mercem exercente, eius negotiationis utilitas ad multos perveniat; ſed prius conſtitutum illum eſſe oporteat, ut ſit inſtitor: quod fit domini voluntate, non quia mercem exerceri expediat aliis. Ita etiam eius voluntatis ceſſatio contempta omni aliorum utilitate finem præpoſitioni afferet. Nam & inſtitorem aperta domini voluntate revocari poſſe conſtat, nec quiſquam unquam dixit impedire publicam utilitatem, quominus id facere domino liceat. *L. ſed ſi pupillus*, *§. 1. infr. de inſt. act.* Quare & morte finita voluntate finietur præpoſitio, nec publica utilitas inſtitorem retinebit, qui ceſſante voluntate eſſe deſiit. Et ideo recte fecit Bartolus in reſponſo Ulpiani, quod cum admiſiſſet eum qui merces exercet, poſt mortem domini ex ſententia eius loci inſtitorem manere, id ſic accepit: ut non eſſet eius inſtitoris proprium, ſed eſſet omnium commune, ge-

neraliterque ad summam eius loci ita definiret, mandatum institoris non finiri morte mandantis. Nihil ergo persona institoris, de qua Ulpianus loquitur, facit ad horum locorum conciliationem. Dixeris igitur facta pertinere. Loquitur enim Ulpianus de eo, quod cum institore contractum est, & vult de eo adversus heredes actionem dari. Sed & hoc loco de credito Stichi agitur. Vult tamen Africanus illum post mortem domini pecunias credere non posse, ut alienentur, & hoc modo heredibus vel prosit ad actionem acquirendam, vel ad pecuniæ alienationem noceat. Sed etsi hic ageretur tantum de debitoribus liberandis, non de contrahendo, & hæc dissimilia esse fateremur: nihil tamen ad hæc concilianda proficeret. Hoc enim posito, institoris mandatum morte domini non solvi, vi ipsa hoc dicitur posse institorem post mortem domini non minus credere pecuniam, aut debitores solventes liberare, quam potest ita contrahere, ut heredes obliget. Licet enim vero institori pro potestate hæc omnia facere: quæ tamen Stichum post mortem domini facere posse hic negat Africanus. Modus reliquus est, quod apud Ulpianum dicitur, mandatum non finiri. Nempe non finiri ait domini morte. Quid ergo, si hoc concedamus esse perpetuum in omni institore; negemus tamen huic loco esse contrarium, quia in proposito Stichi potestas non finiatur morte domini, sed Stichi manumissione: idest, non quia dominus mortuus sit, sed quia Stichus manumissus? Et hoc Bartolus plerosque alios secutus accepit. Sed refragatur Africanus. Etsi enim verum est, si Stichus Calendario præpositus, etiam vivo adhuc domino esset manumissus, tamen futurum fuisse, ut ea manumissione solveretur mandatum, nec manumisso solvi posset, nedum is posset pecunias alienare: *§. recte, Inst. de mand. L. dispensatorem. infr. de sol.* tamen in specie proposita ubi pariter & dominus Stichi mortuus, & Stichus liber esse iussus erat, sic potestatem Stichi mortuo domino finitam esse Africanus ait: ut appareat eum ideo finitam esse dicere, quia dominus mortuus sit, non quia Stichus manumissus. Ut enim probet Stichum mortuo domino pecunias non alienare, utitur in ea re argumento procuratoris, cui pecuniæ in hoc datæ erant, ut eas Titio crederet: quem ait, si mortuo domino pecunias Titio credat, nummos non facere accipientis: atque huius exemplo idem in Sticho probandum esse colligit. Si in hac re recte isti comparantur; necesse est in utroque eandem finiendi mandati rationem intelligi, aut certe in Sticho maiorem, quæ nihilominus parem includat. At procurator ille, cuius argumento utitur, non ideo mortuo domino pecunias non alienat, quia sit manumissus (de libero enim agitur, in quem nulla cadit manumissio) sed ideo solum quia dominus mortuus erat, & huius morte solutum mandatum: denique ut loquitur Africanus, quia mortuo domino pecunias credebat. Quare & Stichum pecunias mortuo domino non alienare eadem hac de causa colligi oportet, quia mortuo domino eas crediderit, & morte domini finitum sit mandatum, non quia ipse manumissus fuerit. Potest quidem & hoc modo colligi: ut quia procuratoris illius potestas morte domini finitur, dicatur multo magis hanc finiri in Sticho, in quem utrumque concurrit, ut præterquam quod eius dominus mortuus est, sit etiam ipse manumissus. Sed qui hoc dicit, etiam morte domini sola Stichi potestatem finiri significat: quasi diceret utroque modo hanc finiri, sed multo magis utraque, aut multo magis una quam altera. Semper enim ut in summis maioribus, sic in ratione maiore includitur minor, quæ par sit cum ea, ex qua comparatio ducitur. Quod si procuratoris mandatum finitur domini morte; institoris autem mandatum nequaquam: recte dicetur Africano, male eum comparare res dissimiles, cum illorum mandata dissimilibus de caussis finiantur. Et quamvis quis concesserit ex aliis partibus iuris manumissione dispensatoris mandatum solvi: tamen semper vere dicetur non recte id colligi exemplo procuratoris, cuius mandatum non solvatur manumissione. Hæc eo spectant, ut ostendam, quamdiu statuemus institoris mandatum morte domini non finiri, sive de omni institore id dixerimus, sive de aliqua specie institorum, id cum sententia huius loci conciliari non posse. Nam & hic de institore agitur; & sententia Africani est, hunc post mortem desinere esse institorem, non quia manumissus sit, sed quia dominus mortuus: ut etsi manumissus servus non esset, mors tamen domini idem in eo efficeret, ut & in procuratore. Nec si id in persona huius institoris recipitur propter finitam domini morte voluntatem; fieri potest, quin in omnibus aliis institoribus ob eandem caussam recipi debeat; ut iam unum hoc relinquatur ad defensionem, ut pariter omnem institorem mortuo domino negemus institorem manere.

Quid ergo, id negare † audeamus re- 13
pugnante, ut videtur, tam aperte *d. L. si quis*

si quis mancipiis, §. *si quis impubes*, *infr. de inst. act.* Ego vero nego, deque institoris potestate, quod necesse sit ad horum locorum explicationem & conciliationem, breviter ita statuo: omnem institorem quisquis sit, & cuicunque rei præpositus, morte domini desinere esse institorem, nisi heres exstiterit, qui eodem institore utatur. Huic sententiæ non modo contrarium scriptum non esse in *d.* §. *impubes*, & *seq.* sed potius inde colligi eum etiam qui mercibus sit præpositus, ne in ea quidem caussa mortuo domino institorem manere. Sed cum mortuo domino institor vere non maneat: tamen quibusdam in negotiis & factis pro institore haberi, ut heredibus factum eius noceat; certis tamen & iustis de caussis, quæ illic significantur: eas caussas ad liberandos debitores, aut pecunias alienandas non pertinere: ita fieri, ut quæ de his negotiis & factis illic dicuntur, nihil eorum huic loco adversetur, sive quæratur de vero institore, sive de eo, quando quis mortuo domino pro institore habeatur. Quæ summatim dicta sigillatim exsequar, ut planius explicentur, & quod satis est, confirmentur. Primum mortuo domino de institoris persona hoc rectum sit, nisi heres eodem institore utatur (quod cum fit, dubitari non debet, quin nova voluntate institor maneat, & heres ex eius contractu teneatur, *L.* 5. §. *ult. infr. de inst. act.*) omnem institorem morte domini desinere institorem esse, cuicunque rei & negotiationi sit præpositus: ut nisi quid nominatim ei tribuatur ut institori, non sint rata ea, quæ mortuo domino ut institor gesserit, ut ea heredibus noceant. Quis est enim institor? qui voluntate & mandato aut iussu domini alicui negotiationi præpositus est. §. *eadem*, *Inst. quod cum eo*, *L.* 3. *infr. de inst. act.* Quamdiu ergo perseverabit voluntas domini, tamdiu manebit institor: voluntate finita, institor esse non potest, qui prius fuerat: utpote ea caussa sublata, qua sola institoris potestas consistebat. Voluntatem autem morte cuiusque finiri, & eo modo tolli omnia, quæ data erant ita, quoad is qui dedisset, vellet, ita scriptum est in *L.* 4. *infr. loc.* ut nihilominus per se certa ratione efficiatur. Sic enim quisque morte esse desinit, ut nec per rerum naturam voluntas mortui possit intelligi. Necesse est igitur, quod officium voluntate domini sustinebatur, id morte domini voluntate exstincta finiri. Nec alia ratione mandatum morte mandantis exstinguitur. §. *recte*, *Inst. de mand.* *L. inter*, *infr. mand.* Hoc ita esse in institore Africanus hoc loco aperte confirmat. Stichum qui hic proponitur, ut Calendario, idest, pecuniis fœnerandis præpositum, iam diximus institorem esse, & constat ex *L.* 5. *in pr. infr. de inst. act.* Hunc autem mortuo domino desinere esse institorem declarat ex effectis. Negat enim debitores, si sciant dominum decessisse, ei solventes liberari: negat eum pecunias hereditarias credendo alienare: quorum utrumque contra eveniret in vero institore, ut constat eventurum fuisse, si dominus adhuc viveret. Atque hæc eadem contingere vult, non propter mutationem status Stichi, ut Bartolus putat; sed tantum hoc ipso, quod dominus decessit, ut supra docuimus, & liquido probat argumentum procuratoris, quo utitur. Quod de uno genere institorum hic dicitur, pertinet ad omnes. Neque enim constituuntur alii aliter, quam domini voluntate: nec constituti, aliter quam perseverante eadem voluntate consistunt. Dominis autem, qui eos constituerunt, morientibus, ineptum est putare minus finiri eorum voluntatem, quam si eos aliis rebus præposuissent. Finge institorem merci exercendæ præpositum. Non eo minus ut voluntas morte domini finitur, ita & ipse morte domini institor esse desinet: putoque non minus in eo locum habere illa, quæ Sticho pecuniis exercendis præposito evenire hic dicuntur, ut nec debitores si scientes ei post mortem domini solvant, liberentur, nec ipse pecunias post mortem domini alienet: de quo plura paulo post. Cur autem in hoc institore, qui mercibus præpositus est, non debeat nos movere publica utilitas, ut is mortuo domino nihilominus institor maneat, supra ostendi. Non adversatur huic sententiæ *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, & §. *eius*, *seq. infr. de inst. act.* Datur illic ex contractu institoris actio adversus heredes domini, etsi quis mortuo domino & quidem sciens eum decessisse, cum institore contraxerit: sed datur nominatim additis his caussis: *propter utilitatem promiscui usus*, & quia *non sit imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat*. Quid valeat horum utrumque, & quam recte dicatur, exponam postea. Nunc quod ad id, de quo agitur, ex his intelligi potest, id sumo: significari nimirum his verbis, dari quidem actionem; sed utilitatis caussa, & quia æquum est. Hæc adiectio abunde declarat, mortuo domino qui institorem præposuit, amplius iure institorem non esse, qui datus fuerat. Nihil enim opus erat utilitatis ratione actionem de-

defendere, ubi iure ipso institor maneret, qui fuisset: multoque minus eo confugiendum fuit, ut diceretur nihil hic imputandum esse contrahenti, si vere institor esset is, cum quo contractum est: satis enim ipso iure tutus esset, qui contraxit, nec alia excusatione eum defendi oporteret. Et ne longius abeamus; debitores Sticho post mortem domini solventes, si ignorent dominum decessisse, dicuntur hic liberari. Neque ideo colligimus Stichum cui solutum est, qui vivo domino institor fuerat, etiamnunc post mortem eius institorem manere: quia dicuntur liberari debitores utilitatis caussa: quo ipso verbo significatur non liberari eos stricta iuris ratione. *§. recte, Inst. de mand.* Quod non alia ex re fit, quam quod mandato soluto amplius institor, aut procurator non est is, cui mortuo domino solvitur: ut iam verum sit debitores ei solventes nec creditori solvere, nec alii voluntate eius. Quare etsi nunc dicitur dari actio ei, qui post mortem domini cum institore contraxit; tamen quia dicitur propter utilitatem dari, & ex æquo, vel hinc maxime colligi potest, eum cum quo contractum est, iam amplius institorem non esse. At enim illic dicitur institor is, cum quo post mortem domini contractum est: *non est*, inquit Ulpianus, *imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat*. Sed dicitur eodem modo, quo paulo ante ab eodem in *§. si impubes*, dicuntur patris iam mortui institores, quos certe constat eius, qui non est, institores esse non posse. Nempe utrobique institores ita, ut intelligantur qui ante fuerunt institores, iidem qui a vivente domino præpositi, postea ab illo revocati non erant. Quod nomen cum illis antea competierit: etiam nunc docendi caussa retinetur, ut intelligatur facilius, qui designentur: ut & alias dicitur insula, quæ ante fuit insula. *L. insula, in fin. infr. de acq. rer. dom.* & finita tutela tutor, qui ante fuit tutor, nunc, non est, *L. si tutor post & L. si post, seq. infr. de tut. & rat. dist.* At etiam ex eo quod cum institore post mortem domini contractum est, illic dicitur dari actio: ubi institoriam significari intelligimus ex alio eiusdem Ulpiani loco, nempe *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.* Quomodo iude institoria, si non est institor, cum quo contrahitur? Et institoria hic dicitur, quia datur ex eius contractu, qui etsi institor non fit, tamen utilitatis caussa pro institore ha-
14 betur. † Mortuo domino non manere institorem volumus, idque ipso illo loco,

qui contrarius putatur, efficitur, ut ostendi; at in specie eius loci eum qui vere institor non sit, nihilominus pro institore haberi verum est. Sed iam hic nobis occurritur. Quid enim refert, utrum vere quis sit institor, an cum dederis summo iure institorem non esse, tamen utilitatis caussa: idest, effectu pro institore habeatur? Sane vero nihil admodum referret, si ubique post mortem domini pro institore esset, qui prius institor fuerat. Sed qua in re, quibusque in negotiis habeatur ab Ulpiano pro institore, & quamobrem videndum est. Hæc res planum faciet in debitoribus liberandis & pecuniis defuncti alienandis, de quibus nunc agitur, eum pro institore haberi non debere: eoque nec Ulpiani sententiam huic loco ulla ex parte adversari. Quid ergo? mortuo domino tribuitur institori, ut pro institore recte gerat, quod factum heredibus noceat. In summa, ut contrahendo se obliget, atque hinc una obliget etiam defuncti heredes: neque id tamen ex omni negotio, cui sit præpositus; sed ex eo solum, ex quo fiunt mutuæ obligationes: ut quemadmodum ipse eo contractu obligatur alteri, sic & eum vicissim sibi obliget, aut ex ea caussa prius ab eo quid accipiat, atque ita efficiatur hæc caussa, cur heredes teneantur ex contractu institoris, quia institor prius ex eo contractu quid acquirat, quod ad heredes redeat, & prosit heredibus: nec sit in eo quod ei qui cum institore quamvis sciens contrahat, possit imputari. De contractu institoris, quo heredes obligentur, aperte verba concepta sunt. Ait enim Ulpianus, si cum institore contractum sit; in heredem dari actionem. Nec dubium est, quin ipse institor prius eo contractu ex sua persona teneatur: ut & ex contractu suo tenetur magister, etsi ex eo contractu proposita est edicto actio exercitoria in exercitorem. *L. 1. §. est autem. L. 5. §. pen. infr. de exer. act.* De genere negotii, in quo heredes ex contractu institoris teneri velit, significat, cum ait, actionem dari *propter utilitatem promiscui usus*. His enim verbis declarat huic actioni solum locum esse in iis caussis, in quibus usus est promiscuus. Usum non rerum, sed institoris intelligere debemus. † Est 15
autem in contractu promiscuus usus institoris, cum in eo contractu promiscue, idest, pariter, mutuo, ac veluti permixtim (id enim promiscui verbum significat) utuntur institore ii, qui eo contractu obligantur & obligant: idest, tam contrahentes qui sibi inde heredes obligatos habent

bent, quam heredes ipsi, qui his obligantur. Quod in his contractibus solum contingit, in quibus mutuæ sunt obligationes, ut emptionibus, venditionibus, locationibus. Itaque si proponas institorem præpositum mercibus emendis, & mortuo domino emat; si mercibus vendendis, & mortuo domino vendat; si redemptionibus exercendis, & mortuo domino opus faciendum redimat: in his omnibus ex supra scriptis verbis actio in heredem dabitur. Atque hoc apertius expressit Ulpianus in §. *eius, seq.* cum hanc actionem dat nominatim in persona institoris mercem exercentis. Iam cur in his potius negotiis quam in cæteris placeat mortuo domino ex contractu institoris teneri defuncti heredes, caussæ ab Ulpiano redditæ spectentur. Hæ duæ sunt. Prior hæc; In heredem, inquit, actio dabitur *propter utilitatem promiscui usus*. Promiscuum usum intelligit, quem dixi. Utilitatem autem accipere debemus non publicam, quæ versetur in commerciis; sed privatam, quæ percipitur ab his qui in contractu utuntur opera institoris, idest, & qui cum eo contrahunt; & heredes ad quos huius quoque contractus redit utilitas (nam ad hos quoque præcipue utilitas redit, ut quorum negotium geratur ab institore; quo nomine non minus & illi adversus eum habeant negotiorum gestorum actionem, quam dominus, si viveret, *L. 1. infr. de Inst. act.*) Atque hoc sentit Ulpianus: cum in hoc contractu sic institoris opera promiscue utatur heres, ut simul eius usus utilitas ad eum quoque pertineat: æquum esse, ut & ipse ex eodem contractu teneatur. In quo aliis verbis intelligitur expressisse id, quod traditur regula iuris, *ex qua persona quis lucrum capit, eius & factum eum præstare debere. L, ex qua persona, infr. de reg. iur.* Idque ipsum est, quod de ratione actionis institoriæ etiam ex contractu veri institoris adversus dominum introducendæ idem Ulpianus scripsit in *L. 1. infr. de inst. act.* æquum prætori visum esse, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractu ipsorum, & conveniri. Altera ratio addita est in §. *eius seq. non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Quæ ratio huc spectat. Diceret enim aliquis non esse mirum, si contractu cum vero institore interposito obligetur dominus institoria; quia tunc nihil est, quod imputari possit ei, qui voluntate domini contrahat. Idem etiam recipi potest in eo, qui mortuo domino contrahat cum institore, ignorans dominum decessisse. *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.* At non idem videtur dici posse in eo, qui dominum decessisse non ignorans contrahat: imputet enim sibi, qui sciens cum illo qui institor non erat, contraxerit: quandoquidem non fraudantur, qui sciunt; nec certiorari debuit, qui non ignoravit. *L. nemo videtur, infr. de reg. iur. L. 1. in fin. infr. de act. em.* Ne quis igitur ea obiectione moveretur, addidit Ulpianus hanc non tam rationem, quam occupationem, ut diceret non esse imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore mercem exercente contrahat. Ubi de merce dixit potius, quam de alia re, cui institor sit præpositus, ut significaret illam utilitatem promiscui usus, de qua prius locutus erat, quæ est in mercibus vendendis emendisve, pertinetque ut ad contrahentem, sic & promiscue ad heredes; ita tamen ut dum in contractu sit promiscua obligatio, & hinc promiscua utilitas contrahentis & heredum, nihil referat. Sed cur non est imputandum ei, qui cum institore mercem exercente licet sciens contrahat? Primum, quia unusquisque cogitur contrahere, urgente rei familiaris necessitate, vel ut sibi ab his, qui publice vendunt, comparet; vel ut his, qui publice emunt, recte & facile vendat. Deinde quia ei vitio verti non debet, si eum, qui publice in negotiatione exercenda manebat, cui erat præpositus, putavit id facere voluntate heredum, & eorum ad quos ea res pertinebat. Hoc quidem in rem heredum esse constat, quod institor mercem exercet. Et quia in rem: credibile est heredes hoc animo esse, ut velint uti eodem institore, & si de eo consulantur, non modo illos eum institorem passuros, sed etiam ultro expetituros fuisse: præsertim cum hoc accedat, ut cum possint, eum non removeant. Nam si nolebant eo uti, removere debuerunt. Quod de heredibus dico, hoc & de heredum pupillorum tutoribus, aut de furiosorum curatoribus intelligendum est: estque in illis hæc ratio reddita ab eodem Ulpiano in *L. sed si pupillus, in pr. infr. de inst.* Et vero institorem removere statim heredes, eorumve tutores aut curatores possunt vel ante aditam hereditatem, si dent operam, ut dum deliberant, interdicatur institori a magistratu. Si non inquisiit diligentius qui contrahebat, ne hoc quidem illius culpæ imputandum est. Non enim debuit in re aliena esse curiosius. *L. doli, in fin. infr. de novat.* His de sententia Ulpiani in *d. L,*

si quis

si quis mancipiis, *§. si impubes*, *& seq.* cognitis, licet iam intelligere, conveniatne eius sententiæ putare, institorem, ut vivo domino potuit pro potestate, sic & eo mortuo posse debitores liberare pecunias ab his accipiendo, vel eas credendo alienare. Tantum vero abest, ut ei sententiæ consequens sit: ut his, quæ diximus, liquido efficiatur, in his posterioribus nequaquam idem probandum esse; atque adeo repugnare omnino Ulpiani sententiam, ne idem admittatur non tantum in Sticho, qui pecuniis fœnerandis hoc loco præpositus est, sed etiam in eo ipso institore, qui mercibus sit præpositus, de quo ille agit: ne quis forte horum locorum dissimilitudinem in persona institorum, non in eorum factis versari existimet. Nam si recte attendimus, superiorum hæc summa est, quam & ante indicavi: institorem post mortem domini in ea re cui præpositus est, posse hoc modo nocere heredibus, ut contrahendo eos obliget: sed ita, ut in eo Ulpianus duo in summa exigat. Primum, ut quod facit institor, ex quo obligatio nascitur, eiusmodi sit, quod per se consistat ex persona institoris, quodque ille suo iure facere potuerit, etiam si de heredibus obligandis non ageretur. Alterum, ut caussa sit, cur in hoc contractu factum institoris heredibus noceat. Eaque ab illo statuitur duplex. Una, si ex eo quoque contractu vicissim alter obligetur institori, aut ex ea caussa prius institor quid accipiat, quod acquirat heredibus, quo efficiatur utilitas illa promiscui usus, quæ ab illo nominatur. Altera est, ne sit, quod cum institore contrahenti imputetur; quod fit, dum is qui contrahit necessitate aliqua rei familiaris adigitur ad contrahendum: nec quidquam illi proponitur, cur non volentibus heredibus institor publice mercem exerceat. Videamus, quid horum dici possit in iis, de quibus hic agitur. Ac primum quid in debitoribus, qui scientes solvunt, ab institore liberandis, quando de his prius agitur. Et non modo in his nihil eorum est, quæ supra scripta sunt, sed sunt etiam omnia contraria. Ut institor post mortem domini pecuniam a debitoribus accipiendo eos liberet, nihil est in eo, quod suo proprio iure possit facere, ut id ex ipsius persona per se consistat, quo facto deinde heredibus noceat. Obligatio enim aliena est, & solus iure suo potest liberare, qui est creditor. Tum autem in ea solutione non versatur utilitas promiscua solventium, & heredum, sed solum debitorum: si quidem eos ista solutione liberari pateremus. Nam hi liberantur: at hoc facto heredes actionem & obligationem amittunt. Postremo in promptu est, quod his obiiciatur, si cum scirent dominum decessisse, institori solvant. Nam quæ necessitas cogit eos id facere? Nulla omnino neque iuris, neque rei familiaris. Non iuris: cum institor mandato morte domini soluto nullam actionem ad pecuniam exigendam habeat. *L. naturalis*, *§. ult. infr. de præs. ver. L. si pupilli*, *§. ult. supr. de neg. gest.* Non rei familiaris: cum si usurarium debitum non fuit, utilius fuerit debitoribus pecunias apud se retinere, quibus interim uterentur; sin pecunia fuit fœnebris, & debitores usuris liberari vellent, potuerint tuto solvere heredibus quibus debebant, quod prius obligatione per servum quæsita defuncto debuerant: aut si neminem haberent, cui solverent, potuerint apud magistratum pecunias obsignare, & deponere, ubi ille iusserit: qua ex re ut obligatione, sic omni periculo debitores essent liberati. *L. acceptam*, *C. de usuris*. Quæ si ita sunt: non potest in dissimilibus atque adeo contrariis caussis, quio aliud statui debeat. Nocetne quidem pariter heredibus ab institore, sive is contrahendo heredes obliget, sive pecuniam accipiendo, debitores hereditarios liberet; sed ut heredes contrahendo obliget, certis de caussis, quas diximus, constitutum est. Hæ cum cessent in debitorum solutione, sive faciendi ius, sive utilitatem facti, sive solvendi necessitatem spectes: non mirum, si scientes debitores, mortuo domino, institori solventes, ea solutione heredibus non nocere dicimus. Neque id magis statuitur hoc loco, quam efficitur Ulpiani illa sententia, quæ est de contractu institorum: cum ut in pari ratione ius idem: *L. illud*, *supr. ad leg. Aqui.* sic rationibus iis, quas ponit, cessantibus & contrariis inductis, diversum statui oporteat. *L. quod dictum*, *supr. de pact.* Itaque quamvis proponas Stichum hunc, de quo agitur, mercibus exercendis a domino fuisse præpositum, & vivo domino multa nomina contraxisse: tamen si post mortem domini ei solvant debitores, cum scirent dominum esse mortuum: dicemus non magis eos liberari, quam liberantur hi, qui cum Sticho pecuniis fœnerandis præposito, dum dominus viveret contraxerunt; deinde mortuo domino scientes institori solverunt, de quibus hic responsum est: scilicet quia in horum omnium solutione cessant eæ rationes, quibus fit, ut qui cum institore post mortem domini contrahunt, heredes domini obligent. De pecuniarum a Sticho

post

post mortem domini creditarum alienatione maior dubitatio est. Quid enim, an non cum Stichus Calendario præpositus est, in pecuniis fœnerandis versatur utilitas promiscui usus, quæ pariter & ad debitores, & ad heredes pertineat? Omnino vero hic quoque versatur. Nam & debitores pecuniam mutuam accipiunt, quæ ipsis prosit, & vicissim usuram pendunt, quæ ad heredes redeat. Neque vero est, cur magis imputetur debitoribus, quod pecunias ab institore Calendarium exercente mutuas accipiant, quam mercium emptoribus, quod ab institore mercem exercente merces emant: cum debitores sæpe multo magis pecunia ad res necessarias indigeant. Cur non ergo Institor pecuniæ exercendæ præpositus pecunias domini post mortem eius publice exercendo, easque credendo æque heredibus noceat, ut pecunias alienet, quo facto & usuras heredibus acquirat? Nempe quia in pecuniis exercendis omnia alia concurrunt, cur eas exercendo videatur institor non minus nocere posse heredibus, quam is qui mercem exercet. Unum deest, in quo maxime potestas nocendi spectatur: quia prius est, ut institor suo iure quid faciat, quam ut inde fiat conditio heredum deterior. Neque enim si quid suo iure ab initio in rem heredum faciendo, ex eo per consequentiam illorum conditionem deteriorem facere potest: ideo hoc in contrarium valet, ut possit nullo iure deteriorem conditionem heredum ab initio facere, ut deinde ex eo aliquid acquirat heredibus. Mortuo domino potest institor eandem negotiationem cui præpositus erat, exercens contrahere cum aliis consensu: quia hic consensus natura est in institore. Et si quid erit in eo, quod institorem obliger, consequens erit, ut id quoque heredibus noceat, si prius ex eo contractu heredes lucrum faciant. At non item potest institor mortuo domino pecuniam suo iure alienare, rem nimirum non suam, & quæ heredum esse cœperit: a quibus invitis dominium recedere non potuit *L. si ego*, §. 1. *infr. de iur. dot.* *L. id quod nostrum*, *infr. de reg. iur.* Quapropter etsi ea alienatione futurum sit, ut mutuo contracto, inde usuras dominis pariat; tamen non eo magis alienabit: quia initium ex persona & facto institoris non constitit. Ex quibus apparet, quod supra attigi, non personas institorum, aut species negotiationis, sed in his negotiationibus facta institorum esse distinguenda. Hæc in summa sunt tria: quæ quidem domino noceant. Aut enim contrahunt, & se ac dominum obligant; aut pecunias exigunt, vel accipiunt ad debitorum liberationem; aut res vel pecunias domini alienant. Primum facere potest institor, quamvis mortuo domino, si erit ad contrahendum præpositus, & in eo contractu versabitur utilitas promiscui usus. Duo posteriora mortuo domino non potest, quantumvis ea sit præpositio, ut vivo domino utrumque facere potuerit: Vel quia in quibusdam ex his factis non est promiscua utilitas heredum, & eorum, cum quibus res geratur; vel quia est, quod obiiciatur gerentibus, si quid eorum, scientes dominum mortuum, cum institore gerant; vel si nihil aliud, certe quia illa institor suo iure a principio facere non potuerit, ut per se consisterent. Quid ergo? institor post mortem domini mercem exercens, si mercem vendiderit, & tradiderit, dominium eius non transferet? Non puto magis eum transferre, quam potest pecunias alienare is, qui Calendario erat præpositus, etsi merx olim defuncti fuerit: hæc enim mortuo domino cœpit esse heredum, a quibus invitis, ut dixi, non possit recedere dominium. Sed tamen si a se venditam institor tradiderit: consequetur emptor adversus heredes ope exceptionis, ut rata sit venditio. Nam etsi merx tradita non esset: ultro tamen haberet actionem emptor adversus heredes, ut eam traderent: effectum est enim, in eos ex eo contractu actionem dari. *d. L. si quis mancipiis*, § *si impubes*, *de inst.* Quare si ei tradita erit, multo magis adversus vindicantem habebit exceptionem. *L. vindicantem*, *infr. de evict.* *L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. iur.* Si is qui pecunias post mortem domini creditas ab institore accepit, eiusmodi aliquam obligationem acquireret adversus heredes de pecuniæ dominio in se transferendo, haberet & ipse ad pecuniæ creditæ retentionem exceptionem. Nunc autem debitor pecunia mutua accepta obligatur, non etiam creditorem sibi obligat. Iden uno exceptionem ullam habet ad pecuniam retinendam adversus heredes, qui cum eo nihil gesserunt; nec illi tenentur. Exposui, quid sentirem de potestate ut procuratoris, sic institoris, quæ esset mortuo domino: accommodate quidem ad sententiam; *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, & § *seq. infr. de inst.* sed tamen quod necesse esset ad explicationem huius responsi. Ex quo intellectum est, utrumque verum esse, quod Africanus hic sumit: nimirum & in procuratore, cui negotium datum est alicuius rei transferendæ, man-

datum morte domini finiri, ut eo mortuo iam amplius res a procuratore vel sciente vel ignorante transferri non possit: & huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum: ut quamvis a domino manumissus non esset, tamen sola domini morte finiatur eius præpositio; solutaque omni vetere potestate, non possit debitores liberare; multoque minus pecunias alienare pro parte coheredum. Ex quibus efficitur id, quod de pecuniis probandum susceperat, has videlicet non esse creditas: de quo subiicit.

QUARE SI NULLA STIPULATIO INTERVENISSET] Recte colligit, si pro parte coheredum pecunia alienata non est, pro eorum parte *creditam peti non posse*. Nam ut pecunia fiat credita: idest, ut sentit, mutua, dantem dominum esse oportet, & pecuniam fieri accipientis. *L. 2. §. appellata*, & *§. ult. supr. eod.* Si pecunia credita non est, perspicuum est, ut creditam peti non posse. Hinc etiam consequens est, quod addit, *nec pignora teneri*. Obligatione enim sublata, pro qua pignus obligetur, pignus intelligi non potest: cum pignus nihil aliud sit, quam res pro debito obligata. *§ item Serviana, Inst. de act. L. res hypotheca, infr. de pig.* Atque hoc de pecunia credita generaliter dixit Africanus, hanc pro parte coheredum peti non posse. Num ergo generaliter id & sine exceptione dictum accipiemus? Quid enim, si pecunia postea bona fide consumpta sit? quid si coheredes re cognita pecuniam adhuc exstantem velint debitoribus pro sua parte esse creditam? an ne sic quidem pro eorum parte ut credita peti poterit? Ego vero utroque casu peti posse arbitror, neque sententiam Africani refragari. Observandum est enim, quod dicit, pecuniam pro parte coheredum non posse peti, hoc illum dicere ex hypothesi, & ex eo colligere, quod pecunia credita non esset alienata. Fingamus alienari, & ad debitores pervenire. Quæ ratio prius adversus coheredes fuerat, hæc in contrarium mutata dabit scilicet aut Sticho aut coheredibus condictionem. Ut autem pecunia alienetur, aut pro alienata habeatur, superioribus duo-
16 bus modis contingit. † Faciamus ergo pecuniam a debitoribus bona fide esse consumptam. Si id eo tempore accidit, quo Stichus status sui adhuc ignarus hereditati aut coheredibus acquirere potuit (ut eum posse infra scriptum est) non dubito, quin ea consumptione nascatur condictio, quæ per Stichum hereditati, aut coheredibus acquiratur. Constat, si quis pecuniam alie-
nam mutuam det vel suo nomine, vel simpliciter, nummis consumptis, quasi conciliato mutuo, nasci condictionem. *L. regasti, §. ult. L. nam et si, supr. eod. L. si quis pro eo, §. si nummos, infr. de fid.* Cur non ergo & in proposito nummis consumptis condictio ex numeratione nascatur? nasceretur enim sine dubio, si Stichus pecuniam initio alienasset. Consumptione autem factum est, ut pecunia videretur facto Stichi ad eos, qui acceperant, pervenisse: idest, ab eo in hos translata esse. *L. non omnis, §. 1. supr. eod.* Non me movet, quod Stichus cum pecuniam dabat, non fuit hoc animo, ut suo nomine daret: cum putaret se adhuc servum esse, & opinione sua rem domini sui ageret. Nam nec tunc, cum stipulatur eam pecuniam sibi reddi, suo nomine stipulatur, aut eo animo est, ut sibi acquirat, vel heredibus domini, quem adhuc vivere existimat. Et tamen nihilominus stipulationem vel hereditati acquirit, vel coheredibus, ut Africanus paulo post respondet. Quare & pecunia, quam crediderat, consumpta, condictionem ex ea numeratione similiter acquiret: quamvis ab initio non fuerit hac mente, ut eam suo nomine crederet. Neque, cum hoc casu dicemus pecuniam pro parte coheredum ut creditam peti posse, quidquam adversus eius sententiam faciemus. Negat enim ut creditam posse peti, rebus integris, & in eodem statu adhuc manentibus: idest, quandiu pecunia alienata non erit. Porro pro alienata haberi incipit consumptione, & quidem ita, ut non minus placeat consumptis nummis condictionem nasci, quam alienatis. Quid, si pecunia consumpta sit tunc, cum iam Stichus actionem coheredibus acquirere non posset: puta, cum aut ille iam de suo statu certior factus esset, aut coheredes scilent illum sibi coheredem datum? Dicendum est nihilominus condictionem nasci: sed quam ille coheredibus acquirere non potest, ipsum acquirere sibi. *L. qui bona, §. generaliter, L. homo liber, §. ult. infr. de acq. rer. dom.* Quo casu Sticho condici potest, quod ex ea caussa consecutus fuerat. *L. pen. infr. de stip. ser.* aut rebus integris cum eo agi, ut actionem cedat. *L. quod debetur, infr. de pecul.* Hæc de pecunia consumpta.

Quid si † exstabit; coheredes autem ere- 17
ditam ratam habeant? Si quidem hoc dicunt velle se, ut pecunia apud debitores qui eam acceperunt, pro sua parte maneat credita, & hoc debitoribus placet: dubitari non debet, quin pecunia fiat illis credita,

dita, & ut credita pro parte coheredum peti possit. Nihil enim hic deest ad novam obligationem mutui. Consentiunt inter se creditores & debitores, ut pecunia mutua fiat. Pecunia quæ coheredum fuerat, hoc consensu fit debitorum. Hæc ad mutuum contrahendum satis. *L. 2. §. appellata, & §. ult. supr. eod.* Nihil ad rem pertinet, quod coheredes eam pecuniam non tradiderunt. Cum enim esset pecunia apud debitores: sola dominorum voluntas satis fuit ad dominium transferendum. *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. dom.* eoque & ad mutuum contrahendum. *L. certi, §. ult. supr. eod.* Nec obstabit hoc casu coheredibus, quod Africanus simpliciter hic ait, pecuniam a Sticho creditam, pro parte coheredum peti non posse. Sane enim ut a Sticho credita, & nec alienata peti non potest: de qua pecunia ille loquitur. At in hac specie petunt coheredes non ex contractu Stichi, sed suo: non pecuniam adhuc alienam, sed dominorum consensu in debitores translatam. Ex quo esse illis condictionem necesse est. Dixerit aliquis, si hoc recipimus, eventurum, ut nunquam non peti possit pecunia pro parte coheredum: quod tamen Africanus negat. Semper enim facile erit coheredibus dicere, se ideo de credita ea pecunia agere, quia ratum habeant, quod actum sit a Sticho, & velint pecuniam esse creditam. Sed non si novo consensu coheredum pecunia credita fieri potest, & peti ab illis ut credita: ideo semper pro ipsorum parte peti potest, contra quam Africanus dicit. Quid enim si eam ut a Sticho creditam petant? non ideo eam a se creditam facere volunt. Demus velle: non tamen statim erit credita, nisi & debitores in hoc consentiant, ut tanquam ab illo mutuam habeant. Non contrahitur enim mutuum inter aliquos sine consensu. *L. si & me, supr. eod.* Sed cur heredes ratum habere non possunt, quod Stichus mutuum dedit: ut quasi ipsi dedissent, ita mutuum iam a principio valeat, ut est potestas ratihabitionis? *L. ult. C. ad Maced.* Quia quod nostro nomine gestum non est, id ratum habere non possumus. *L. si pupilli, §. sed si ego, supr. de neg. gest. L. 2. supr. de cal. L. si servus, infr. de prec.* Nihil autem in hoc mutuo gestum est nomine heredum, sed solum nomine defuncti, quem vivere, & cuius negotium
18 se gerere Stichus putabat. † At enim quod mortuo domino cum procuratore eius gestum est, id heredes æque ac defunctus ratum habere possunt, ut traditum est in *L. si sine, §. cum autem, vers. Iulianus, infr. rem rat. hab.* Hoc ita est, si id gestum sit nomine defuncti, quod & ille si viveret, ratum habere potuit, & debuit ex sententia contrahentium: de qua specie illic agitur. Sic enim quod defunctus potuit, & heredes qui eadem persona existimantur, ex persona eius recte facient, ut non minus ratihabitio his prosit, qui eam desiderabant. At in proposito creditum Stichi eiusmodi est, quod dominus si viveret, non potuerit ratum habere. Illo enim vivo, si quid Stichus credidisset, statim mutuum esset contractum: & in eo quod voluntate domini statim valet, inutilis fit ratihabitio. *L. si procurator. 6. 1. ref. infr. de cond. ind.* Ita si quid mortuo domino crediderit: neque ex persona domini heredes ratum habere possunt, quod defunctus, si viveret, non potuit: neque ex persona sua, quod eorum nomine gestum non fuit. Sed & inter eam speciem de qua agimus, & speciem *d. L. si sine, §. cum procuratorem, vers. Iulianus, rem rat. hab.* hoc interest, quod illic placet heredes ratum habere posse, quod procuratori defuncti solutum est, ut debitores liberentur; hic autem id agitur, ut si quid heredes ratum habere possunt, id ratum habeant, quod cum Sticho contractum est, ut debitores heredibus obligentur: quorum ratio valde est dissimilis. Nam heredes sola ratihabitione & voluntate sua liberationem constituere possunt: quia unusquisque solutionem ab alio accipiendo, debitorem ignorantem & invitum liberat. *L. solutionem, 23. infr. de sol.* At non item ratihabitione possunt sibi alios constituere debitores, cum quibus nihil contraxerunt: quia debitores non fiunt inviti, sed ita; si cum aliquo sponte contraxerint. *L. sicut, C. de obl. & act.* Nihil igitur hic proponitur, cur nummis a Sticho creditis exstantibus, possit pecunia pro parte coheredum peti, nisi novum mutuum ex eorum & debitorum consensu intervenerit. Sane nullo novo contractu mutui interposito, non eo minus pecuniam suam consequi possunt coheredes: possunt enim nummi vindicari. *L. rogasti, §. ult. sup. eod.* Quod ad pignora attinet: si pecunia ex contractu Stichi petetur, quod sit, cum petitur consumpta, etiam pignora eo nomine pro parte coheredum tenebuntur: sunt enim obligata in eam caussam. *L. si quis pro eo, §. si nummos, infr. de fid.* Sin petetur pecunia ex novo mutuo, quod conventione coheredum secutum est: pignora in eam caussam non tenebuntur, utpote in eam caussam non obligata. Cum pignus conventione contrahatur: in ius pi-

gnoris venire non debet, qui ipse non convenit de pignore: nisi id ex persona alterius habeat. *L. Aristo, infr. quæ res pig. oblig. non poss.*

QUOD SI STIPULATUS QUOQUE ESSET] Ex numeratione sola pecuniæ, pecunia tanquam mutua peti non potest, si non est facta accipientis: de qua specie huc usque dictum est. At si, qui numeravit, idem etiam eam reddi stipuletur, facit stipulatio, ut esse possit actio, quamvis de pecunia aliena. *L. 2. C. si cert. pet.* quippe ex stipulatione iure civili actio nascitur. *§. de constituta, Inst. de act.* Merito igitur hic Africanus numerantem, qui pecuniam stipulatur, ab eo qui stipulatus non est, distinguit, cum de actione coheredibus inde acquirenda quæritur. Qua in parte summa responsi hæc est: Si stipulatio Stichi utilis est (potest enim Stichus stipulari inutiliter: quod fit, si nominatim Titio domino suo stipuletur) posse actionem ex ea stipulatione coheredibus utroque tempore acquiri, & cum Stichus stipulatus est, nondum quæsita coheredibus hereditate, & post quæsitam ab his hereditatem. Sed dissimiliter. Nam priore tempore semper acquiri; posteriore, non item. Priore casu semper actionem acquiri coheredibus Africanus significat, cum ait per id tempus Stichum statûs sui ignarum acquirere hereditati. Sic enim evenire necesse est, ut per hoc etiam coheredi postea facto acquiratur. *Inst. de stip. ser. in pr.* Hereditate autem iam coheredibus quæsita, si Stichus stipuletur, vult etiam illum his acquirere: sed hac conditione, si coheredes Stichum sibi coheredem datum esse ignorent. Nam si sciant: malæ fidei possessores esse, quibus secundum regulas iuris per liberos homines acquiri nihil potest. Ignorantibus vero ita per Stichum acquiri, ut & ipsi si eiusdem conditionis coheredes sint, invicem Sticho bona fide servire videantur, eique acquirant. Quod ait de stipulatione utili, & inutili; quod ait item Stichum acquirere hereditati, aut heredibus se heredes esse ignorantibus, quorum nemo neque Stichum possideat, neque adeo animum eius possidendi habeat; quod adiicit etiam in extremo, coheredes qui eiusdem conditionis sint, simul invicem sibi servire, quasi qui Stichum possideant, hi ab ipso Sticho possesso possideantur: hæc sunt, quæ in hac sententia dubitationem habent: de quibus ad ipsa verba Africani commodius dicemus.

PROCUL DUBIO INUTILITER ESSE STIPULATUM] Hoc eo pertinet, ut intelligamus hoc casu actionem ex hac stipulatione coheredibus acquiri non posse: de quo quærebatur. Palam est enim ex stipulatione inutili acquiri nihil posse, neque stipulanti, neque aliis. † Inutilem autem esse ait hanc stipulationem, qua Stichus *nominatim Titio domino suo mortuo iam dari* stipulatur: propterea quod est impossibilis. Mortuo enim per rerum naturam dari non potest. Impossibilium autem nulla obligatio est. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* Et quidem impossibilem esse hanc inter omnes convenit, eoque & inutilem, qua quis Stichum, qui iam mortuus erat, dari stipulatur. *L. si homo, infr. de verb. oblig.* Porro non magis mortuo dari potest, quam mortuus dari. Quod ait, *Titio domino suo mortuo iam*, sic accipi debet: quasi dixisset, domino suo, qui iam mortuus erat: ut sint hæc verba non stipulationis, sed Africani declarantis se loqui de domino, qui iam esset mortuus. Nam etsi quis simpliciter stipuletur nominatim Titio dari, si Titius mortuus est: æque stipulatio est inutilis. *L. si servus communis, §. servus capto, infr. de stip. ser.* Quippe æque verum est, stipulantem mortuo dari stipulatum, nec magis huic Titio per rerum naturam dari posse, quam si de mortuo expressum esset. Et in huiusmodi stipulationibus non conceptio stipulationis, sed præstatio impossibilis inutilem facit stipulationem. Denique sic hic dixit Africanus, *Titio domino mortuo iam*, ut Inst. *de inut. stip. in pr.* dicitur stipulatio esse inutilis, cum quis stipulatus fuerit rem quæ in rerum natura non est, & adiicitur: *veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat*: ubi stipulatorem de mortuo nihil addidisse in stipulatione perspicuum est, cum eum vivere crederet. 19

QUOD SI SIBI DARI STIPULATUS ESSET] Cum dicit hereditati acquiri, si Stichus sibi dari stipulatus esset, prius hoc statuit Stichum sibi dari utiliter stipulatum esse: ex inutili enim stipulatione nihil acquireretur. Cur ergo hæc potius utilis stipulatio, quam, cum Titio domino suo stipulatur: cum sibi stipulando vi ipsa domino stipulari intelligatur? *L. 1. in pr. & § quod servus, infr. de stip. ser.* Nam alioqui nisi ex persona domini stipulatio non valeret. *Inst. de stip. ser. in pr.* Et multum interest, utrum servus infinite stipuletur domino suo, an nominatim Titio domino, cum Titius iam decessisset. Cum infinite stipulatur domino: semper est aliquis, ex cuius persona stipulatio consistat. Semper enim servus aliquem dominum habet:

habet: si non eum, qui mortuus est, at heredem: si non heredem, at hereditatem: hæc enim pro domino habetur. *L. non eo minus*, §. 1. *infr. de her. inst: L. hereditas in multis*, *infr. de acq. rer. dom.* At cum stipulatur nominatim Titio domino, qui mortuus est, non reperitur persona, in qua consistat stipulatio: si quidem mortuo acquiri non potest; aliis potest: sed his Stichus non est stipulatus. Qui uni alicui nominatim stipulatur, soli ei acquirit, si potest; si non potest, nihil agitur: veluti si servus nominatim alii stipuletur, quam domino. Nam nec extraneo acquirit, quia ius prohibet; nec domino, quia non vult. *L. proinde*, §. 1. *L. si ex re*, §. *sicuti*. *L. servus alienus*, *infr. de stip. ser.* De eo qui sibi dari stipulatur, exempli caussa dictum est. Cæterum etsi impersonaliter Stichus stipulatus fuerit, non minus stipulatio valebit. Perinde est enim, quasi sibi stipulatus esset, aut etiam indefinite domino. *L.* 1. *in pr. L. sive*, *infr. de stip. ser.* §. 1. *Inst. eod.*

Dicendum hereditati eum acquisisse] Hereditatis verbo hic accipere debemus, non totam hereditatem quæ defuncti fuit, quasi & pro parte Stichi hereditaria hereditati acquiratur; sed eas partes, quæ Sticho iam herede facto solæ hereditatis nomen proprie retinent. Eæ sunt autem reliquorum coheredum partes, quæ ab his aditæ non sunt. Nam de non adita hereditate Africanus hic loquitur, ut adversativa sequens indicat: *post aditam vero hereditatem*. Itaque est hic sensus: Si Stichus sibi stipulatus sit, eum acquirere his partibus hereditatis, ex quibus alii heredes instituti sunt, quæ ab illis nondum sunt aditæ. Quod non eo dicimus, quia Stichus cum sibi stipulatur, non acquirat pro sua quoque parte, aut quod hereditas [illegible] non sæpe dicatur, quæ adita est; sed quia quod Stichus pro sua parte acquirit, non possit dici acquirere hereditati; etsi maxime quis concedat pro ea quoque parte nomen hereditatis manere. Heres enim factus cœpit & pecuniæ hereditariæ dominus esse pro portione hereditaria; ut quod de ea pecunia sibi stipulatur, palam sit, eum pro hereditaria parte ex re sua stipulari. Porro quod liber homo ex re sua acquirit, id alii non acquirit, sed sibi, *L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber*, *infr. de acq. her.* Non ergo hereditati. Neque enim acquirit duobus, sed uni. Nisi quis dicat hereditatem sustinere personam heredis: quod non placuit. *L. hereditas enim*, *infr. de acq. rer. dom.*

Cur ergo simpliciter dixit Africanus, Stichum acquirere hereditati, quod stipulatur; cum intelligeret acquirere eum iis partibus hereditatis, quæ nondum aditæ sunt; atque id non expressit? Fecit id ex verbi propria significatione: quoniam in his partibus coheredum quæ nondum aditæ sunt, solum hereditatis nomen proprie consistit. 20
† Verum est enim, quod vulgo traditur, hereditatem quæ semel heredi quæsita sit, hereditatis nomen amittere. Neque id difficile est intelligere hoc argumento. Hereditas enim, quæ quidem proprie ita dicitur, pro domina habetur. *L. non minus*, §. 1. *infr. de her. inst. L. hereditas in multis*, *supra de acq. rer. dom.* At semel heredi quæsita, ei pro domina nec est, nec esse potest. Constat enim heredem ex eo tempore incipere esse dominum, & in ius omne ac locum defuncti succedere. *L. heres in omne*, *infr. de acq. her. L.* 1. 2. & 3. *in pr. infr. de bon. pos. L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* Nec potest ille esse dominus, quin simul hereditas domina esse desinat. Alioqui eiusdem patrimonii duo in solidum domini sint; quod ius non patitur. *L.* 5. §. *ult. infr. com.* Ex quo efficitur hereditatem ex eodem tempore desinere esse hereditatem: & sicubi adhuc nominetur hereditas, eo dici, ut demonstretur ea, quæ prius fuit, non quæ nunc est. Neque obscure id colligitur ex hoc loco. Nam si Africanus intelligit, quod Stichus stipulatus sit, id eum etiam pro parte sua acquirere hereditati, quam ipse iam acquisivit: non debuit dicere, acquirere eum hereditati ex re hereditaria, quod postea facit. Pro sua enim parte acquirit sibi non solum ex re hereditaria, sed etiam ex re qualibet alia, quamvis maxime aliena, dum non sit res eius, cui bona fide servit. *d. L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber*, *de acq. rer. dom.* Non dubium est igitur, quin Africanus hoc sentiat: Si Stichus pecuniam a se creditam stipulatus sit, acquirere eum his partibus hereditatis, quæ coheredibus delatæ, nondum ab illis aditæ sunt. Sed an his in totum acquirit, quod stipulatus est? Nam hic nihil excipit, ut possit quis existimare, quod Stichus stipulatus est, id eum etiam pro parte sua hereditati acquirere: idest, alii quam sibi. Sic enim scribit: *quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisisse*. Sed quid sentiat, mox ostendit, cum ait, per Stichum *hereditati ex re hereditaria acquiri*. Acquirit ergo ille hereditati, si sibi stipulatus sit: sed quatenus stipulatus erit *ex re hereditaria*: idest, ea quæ pertineat ad hereditatem non-

nondum aditam, eam ipsam videlicet, cui acquirit; non etiam ex ea, quæ illi iure hereditario pro portione iam sit quæsita: quæ postquam quæsita est, pariter hereditaria esse desinit: uti pars ipsa hereditatis, ex qua parte Stichus heres exstitit, & quæ pro portione singulas eas res continet, prius hereditatis pars esse desit. Sed cum velimus hanc stipulationem etiam Sticho pro portione eius acquiri, utpote hactenus ex re eius interpositam: cur Africanus de eo nihil dixit, sed tantum de coheredum portionibus? Quia certi iuris erat, quod liber homo ex re sua, aut non ex re eius, cui bona fide servit, acquirat: id eum sibi acquirere. *d. L. acquiruntur, §. ult. L. liber, infr. de acq. rer. dom.* At non item expeditum est, an Stichus possit ex re hereditaria acquirere hereditati. Atque etiam iustæ caussæ sunt, cur non videatur posse, ut mox dicemus. Ideo quod certi iuris erat, prætermisit: illud quod erat dubium, solum posuit.

ITA HEREDITATI EX RE HEREDITARIA
21 ACQUIRI] † At videamus, ne Stichus liber factus, quantumvis olim defuncti servus, & nunc status sui ignarus, quantumvis pecuniam hereditatis stipuletur: non possit tamen secundum regulas acquirere hereditati. Si quis cui potest acquirere: aut domino potest, aut fructuario, aut bonæ fidei possessori. Non enim plura genera sunt eorum, quibus liber homo, aut servus alienus acquirere potest, ut declaratur in *L. acquiruntur, infr. de acq. rer. dom.* Nemo ambigit in proposito hereditatem Stichi dominam non esse, aut in eo usumfructum non habere: cum liberi homines in nullius sint dominio: id enim solum servorum est. *L. 4. supr. de stat. hom.* Ususfructus autem non fit, nisi in alienis rebus. *L. 1. supr. de usuf.* Quod ad possessionem attinet: possunt quidem liberi homines bona fide tanquam servi suo modo possideri: *d. L. acquiruntur, §. ult. infr. de acq. rer. dom.* sed non ab hereditate. Hæc enim possidere non potest: cum possessio sit corporis & animi: quorum neutrum in hereditatem cadit. *L. 1. §. Scævola, infr. si is qui test. lib. esse iuf. er.* Quare omni ratione acquirendi remota, relinquitur hic per Stichum hereditati nihil acquiri posse. Dicet quis, non esse necesse Stichum possideri ab hereditate, ut ei acquirat; satis esse, si Stichus hereditati bona fide serviat. Nam primum Africanum hoc loco de hac acquisitione ita loqui, ut dicat ex re nostra per eos qui bona fide serviunt nobis acquiri: tum autem definitionem veterum in hæc ipsa verba conceptam extare in *L. liber, & L. qui bona, supr. de acq. rer. dom.* Sed non videmur hoc responso multum profecturi: Nemo enim bona fide servit, nisi ei a quo bona fide possidetur, ut semper his etiam verbis possessio eius, cui acquiritur, exigatur. Neque enim voluntas Stichi quidquam alteri tribuit, sed ius eius cui acquiritur. Nullum autem ius est in eo, cui acquiritur, nisi aut dominus sit, aut fructuarius, aut bonæ fidei possessor. Possessio quidem bonæ fidei diserte exigitur in *d. L. acquiruntur, §. ult. de acq. rer. dom.* Et ne quis hic putet aliud sentire Africanum, is paulo post scribit, Stichum coheredibus scientibus ideo nihil acquirere, quia hi nec possidendi animum habeant: significans, si quis animum possidendi non habeat, huic nihil posse acquiri. Et fatendum est, per liberum hominem nisi possidenti, & bona fide pos-
sidenti acquiri non posse. † Sed posses- 22
sorem hic accipere debemus, non eum qui vere possideat; alioqui nec per liberum hominem cuiquam acquiri posset, cum liber homo vere possideri non possit: *L. qui universas, §. 1. infr. de acq. poss.* sed eum, qui pro possessore habeatur. Talis est hereditas in rebus, quas defunctus possidebat: cum id agitur, ut ea possessio ad continuationem iuris acquirendi hereditati, atque hinc heredi proficiat. Argumento est usucapio, quæ a defuncto cœpta, etiam ante aditam hereditatem impletur. *L. cœptam, L. nunquam, §. vacuum, infr. de usur. & usuc.* Atqui sine possessione usucapio non contingit: *L. sine, infr. de usur. & us.* hereditas autem non possidet. Sed perinde habetur, quasi possideret: ne alioqui possessionis interruptio cœpti iuris damnum afferat. Unde & iure singulari receptum id esse dicitur. *L. iusto, §. nondum, infr. de usur. & usuc.* Quo exemplo recte dicetur & possessionem defuncti in Sticho prodesse posse hereditati ad ius acquirendi retinendum, quod ille dum viveret, habuit. Tantum exigitur ad eam possessionem, ne Stichus medio tempore ab alio possessus sit: nam alioqui nec ab hereditate possideri videatur. *L. possessio, 20. infr. de usur.* Ex quo apparet non male sentire Bartolum, qui ad superiorem objectionem diluendam ait, hereditatem proprie non possidere, sed quasi possidere: quod nihil aliud est, quam eam pro possidente haberi. Quod si ita est: recte Africanus comparat hereditatem cum iis, qui bona fide nobis serviunt. Etsi enim est in nobis animus possidendi, qui in hereditate

nullus

nullus est: tamen effectum est, iure singulari receptum esse, ne minus videatur hereditas possidere, cum de eo agitur, ut ei acquiratur per eos, quos defunctus possedit.

POST ADITAM VERO A COHEREDIBUS HEREDITATEM NON ÆQUE IDEM DICI POTEST] Stichus status sui ignarus omni modo hereditati acquirit: quia in hereditatem non cadit, ut possideat mala fide; coheredibus non item, quia possunt scire Stichum sibi coheredem datum: quod si fit, mala fide possident: malæ fidei possessori per liberum hominem, aut servum alienum acquiri nihil potest. *L. qui bona, infr. de acq. rer. dom.* Cui ergo hoc casu Stichus condictionem acquiret? Et mirum est, Accursium, & eum Accursio tam multos hic hærere: quasi non sit certissima iuris sententia, quod liber homo acquirit, si possessori suo non acquirat, ipsum sibi acquirere? *L. liber, in pr. & in fin. L. qui bona, §. generaliter, infr. de acq. rer. dom.* Sibi ergo Stichus solidam actionem hic acquiret. At enim Stichus sibi stipulando non est hoc animo, ut sibi acquirat; sed domino, quem adhuc vivere existimat. Hac ratione in proposito qui moventur, quid aliud sentiunt, quam superiorem regulam iuris in omni etiam alia acquisitione falsam esse? Nunquam enim qui se servum putat, aperte hoc animo est, ut sibi acquirat. Nihilominus sibi acquirere dicitur, si quid ad possessorem non pertinet. Verum ut istis quoque satisfiat. Qui bona fide servit, ita in eo errore hac mente est, ut ei quem dominum putat, acquirat: ut tamen quia id facit ideo, quod opinione sua servus est, tacite sub contraria conditione contrario animo esse intelligatur, ut si servus non est, sibi quæsitum velit: quæ & cogitatio solventis in indebito soluto esse intelligitur. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Sed pro parte coheredum Sticho condici potest, quod ex ea stipulatione consecutus fuerit. *L. pen. infr. de stip. ser.* Adversus eos qui pecuniam acceperunt, coheredibus, pecunia consumpta, nulla actio est. Si nummi adhuc extant, pro parte coheredum vindicari possunt. *L. rogasti, §. ult. supr. eod.* His ablatis, si Stichus adversus debitores ex stipulatu agat, exceptione doli mali repelletur. *L. 2. §. circa, infr. de dol. mal. excep.*

UTIQUE SI SCIERINT EUM SIBI COHEREDEM DATUM] Ergo hoc heredes etiam extranei ignorare possunt, & nihilominus recte adire hereditatem. De his enim agit, qui hereditatem adierunt, quod solum est heredum extraneorum. *§. ult. Inst. de hered. qual. & diff.* Quod si hi hereditatem aliter adire non possent, quam si scirent Stichum sibi coheredem testamento datum: frustra adderetur præcedentis sententiæ hoc sive temperamentum, sive correctio, *utique si scierint eum sibi coheredem datum:* quasi non recte definiretur in universum, post aditam a coheredibus hereditatem Stichum his acquirere non posse. Ergo licet extraneis heredibus hereditatem adeuntibus quædam ignorare, quæ testamento scripta sint. Atque ita fit etiam, ut non sit necesse his ad adeundam hereditatem testamenti tabulas legere. † Quod si verum est: quomodo hoc 23
convenire putamus cum vetere iure, quod temporibus Africani valuit, quo placebat hereditatem ante apertas tabulas testamenti adiri non posse? *L. unica, §. in novissimo, C. de cad. tol. L. 3. §. ult. infr. de her. inst.* Item cum eo, quo etiam nunc utimur, quo fit, ut heredem hereditatem aditurum de iure suo certum esse oporteat, & maxime si sit testamento institutus? *d. §. ult. Inst. de her. qual. & diff. L. heres institutus, infr. de acq. her.* Bene vero inter hæc convenit. Apertas olim tabulas ante omnia oportuit, & quidem ita, ut legi & cognosci oporteret, quid in his scriptum esset, ne frustra aperirentur. Sed non ideo fuit necesse, legi ab herede instituto, aut eo præsente tabulas recitari. Sic & heredem quemlibet scire oportet, se heredem institutum, & sibi hereditatem ex testamento deferri. Verum hoc non eo pertinet, ut scire debeat omnia, quæ in testamento scripta sunt. Satis est, si norit, quæ ad institutionem & ius suum pertinent. Quinimo & in his eius certitudinem ita exigimus, ut satis sit eum vel per se & sua lectione, vel per alios qui testamentum legerint, & vera renunciaverint, de iure suo cognoscere. Argumento est, quod dicitur heres institutus pro herede gerere posse, etsi partem ex qua sit institutus, ignoret, *L. si quis extraneus, §. ult. infr. de acq. hered.* Item & quod de eo, qui pure institutus est, & se institutum cognovit, respondetur posse eum adire hereditatem, quamvis putet se sub conditione institutum, si modo impleta conditione, quam iniectam putavit, adierit. *L. sed etsi de sua, §. ult. infr. de acq. her.* Nam harum rerum, posterioris quidem certe ignorantia in eum non cadit, qui testamentum legerit.

QUOD FORTE IPSI QUOQUE EX NECESSARIIS FUERINT] Necessarios coheredes proposuit, quod ut plurimum & facile

cile to his accidat, ut a principio heredes domino exiftant, & tamen non folum Stichum fibi coheredem datum, fed etiam fe heredes inftitutos elle nefciant. Exiftunt enim heredes ftatim etiam inviti: proinde & multo magis ignorantes. *Inft. de her. qual. & diff. in pr.* idque five fint in aliem inftituti, five ex parte tantum. *L. ex parte, infr. de acq. her.* Sed exempli loco de his dicit Nam & extraneis heredibus ufu venire poteft, ut de jure fuo certi recte adeant hereditatem, & nihilominus ignorent Stichum fibi coheredem datum, ut fupra docuimus. Ideo dixit Africanus, *Quod forte:* fignificans fe id ponere in his, non quod fuerit ad rem explicandam neceffe, fed quod accidere foleat: quod quia foleat frequentius & facilius, eo fuit ad docendum aptius.

Potest adhuc idem responderi] Si unum ante dixiffet, quod folum poffet demonftrari, ftatim intelligeremus, quid vellet, cum ait, poffe hic refponderi idem. At duas fententias ante pofuit de Stichi acquifitione, & eas contrarias. Primum dixerat, Stichum hereditati actionem quæfiffe. Deinde negavit eum acquirere coheredibus, qui feirent Stichum fibi coheredem datum. Nunc fubiicit, fi coheredes id ignorent, poffe adhuc idem refponderi. Merito igitur dubitatur, ad utram ex prioribus illis fententiis hoc referamus. Utrum enim faciamus, ad fententiam multum intereft. Si ad proximam referimus: erit hic fenfus: etfi coheredes ignorent ftatum Stichi, tamen nec his per Stichum acquiri. Si ad priorem: erit fententia contraria, his nimirum acquiri, ut prius per Stichum hereditati acquiri dixerat. Ad utram ergo referimus? Ad proximam, dixerit aliquis, ut eft natura demonftrativorum, quæ proxima demonftrare folent, ubi aperte ad remotioria non referuntur, ut demonftrativum ille, illud. Quomodo & veteres quidam hunc locum funt interpretati. Sed quominus id faciamus, contextus Africani, & ratio ipfa loquendi, & in primis Africani fententia quæ fequitur, refragantur. Si duas fententias de acquifitione Stichi prius Africanus aperte expreffiffet: non dubitarem rationem & confuetudinem recti fermonis hoc exigere, ut quod hic fubiicitur, ad proximam referatur. Nunc autem unam tantum fententiam aperte pofuit, ut diceret Stichum hereditati acquififfe. De coheredibus cum agitur, non dicit Stichum his fcientibus non acquirere, fed tantum in his *non æque idem dici poffe:* ut appareat nihil hic aperte affirmari, fed quod dicitur, ad priorem fententiam referri. Quare cum nunc fubiicit, fi coheredes conditionem Stichi ignorent, *poffe idem refponderi:* primum contextus facit, ut utrumque illud, *idem*, quod eft in pofterioribus duabus fententiis, ad unam fententiam illam primam pariter referri debeat. Deinde recta ratio loquendi hoc dictat, ut cum una tantum fententia præcedat, quæ aperte expreffa fit, fi dicatur poftea, idem poffe refponderi, verbo, *idem*, non aliud demonftretur, quam quod ea fententia enuntiatum fuerit. † Sed præ- 24 cipue atque adeo neceffario, quæ fequuntur, eam fententiam flagitant, ut dicamus, fi coheredes ftatum Stichi ignorent, fimiliter his per Stichum acquiri: ut ante aditam hereditatem dixerat, per eum acquiri hereditati. Hoc enim folo cafu locum habet, quod ait, *hoc cafu eventurum, ut fi fuæ conditionis coheredes ifte fervus habeat, invicem bona fide fervire videantur.* Nam fi pofueris Stichum coheredibus fuis quamvis teftamenti ignaris non acquirere: dicendum eft contra, neque Stichum illis bona fide fervire, neque illos Sticho. Ni fi vero quis eum quibufdam ex veteribus, quos Bartolus refert, dicat hæc verba, *quo quidem cafu eventurum, ut invicem bona fide fervire videantur,* interrogative legenda, & intelligendum id abfurdum effe, eoque nec probandum. Quod merito difplicuit. Si enim Africanus abfurdum hoc putaret, debuit ita id fubiicere, ut intelligeretur hoc eum fubiicere probationis cauffa, non illationis. Quod fi probationis cauffa id fubiiceret ex abfurdo, ita dicere debuit: nec ignorantibus coheredibus Stichus acquiret: alioqui *illud eventurum*, & quæ fequuntur. Iam vero hæc verba, *quo quidem cafu illud eventurum*, ut funt affirmantis, ita & illationem ex præcedentibus ductam aperte exprimunt, Sed hic oritur dubitatio circa acquifitionem. Non enim poteft Stichus acquirere coheredibus fuis, nifi his ipfe bona fide ferviat, & quod idem eft, nifi ab his bona fide poffideatur. *L. acquiruntur, §. ult. infr. de acq. her.* Quomodo autem poffideatur Stichus a coheredibus fuis, qui fe heredes factos effe ignorarunt? neque enim poffeffio defuncti in heredes tranfit, nifi ab his naturaliter comprehenfa: *L. cum heredes, infr. de acq. poff.* neque in hac ignorantia coheredes poffeffionem Stichi adepti funt, aut etiam adipifci potuerunt. † Et quod de hereditate fupra di- 25 ximus, hic de coheredibus poft aditam ab his hereditatem refpondendum eft. Non proprie poffidet hereditas: fed iure poffeffionis commodum illi tribuitur, cum de acqui-

acquisitione, quae fit per servos defuncti, agitur. Hac veluti possessione in hereditate constituta, necesse est evenire, ut eadem & in heredes transeat. Hereditas enim ut in heredem id tantum transfundit, quod est hereditatis: ita hoc ipsum saltem transfundit. *L. 1. §. Scaevola, infr. si quis ei, qui test. lib. esse iuss. er. Inst. de stip. ser. in pr.* Et ideo ut possessio defuncti hereditati non aditae, sic & hereditate adita heredi ad usucapionem pariter procedit. *L. possessio, 20. L. nunquam, §. vacuum, infr. de usur. & usuc.* Inde dictum, heredem & hereditatem unius personae vice fungi. *L. heres & hereditas, infr. de usur. & usuc.*

Quo quidem casu illud eventurum.] Si Stichus sui status ignarus intelligitur bona fide servire aliis eiusdem conditionis coheredibus, hoc ipso quod illi heredes sunt, & suae quoque sortis ignari mala fide possidere non possunt: consequens est & Sticho ipsi adversus coheredes idem iisdem de caussis tribui, ut intelligantur & illi bona fide Sticho invicem servire: quia & Stichus aeque pro parte heres est, & aeque status sui ignarus, ut in eo malae fidei possessio non magis metui possit. Sed habet hic casus plusculum difficultatis. Huic enim mutuae servituti, seu acquisitioni pro uno incommodo, quod solum supra in acquisitione Stichi metuebamus, incipiunt duo incommoda obstare. Non enim tantum hic evenit, ut nemo coheredum alterum possideat, quae res per se sola acquisitionem impedire videbatur; sed etiam hoc accedit, ut si quem dederimus, videri alterum possidere, continuo efficiatur hunc ab illo altero non posse possideri: quoniam possidere non intelligatur, qui ipse possidetur. *L. homo liber, §. ult. infr. de acq. rer. dom. L. qui in servitute, §. 1. infr. de reg. iur.* Et obstat per se horum unumquodque acquisitioni, si veram possessionem in ea acquisitione requiramus: multoque magis, si utrumque in eandem personam concurret, ut neque ipse alterum possideat, & hoc amplius etiam ab illo possideatur. Sed ut hereditati & coheredibus, quamvis Stichum vere non possideant, tamen ius veluti possessionem tribuit, quae sit satis, quo illis per Stichum acquiratur: sic & in reciproca istorum acquisitione dicendum est, non posse quidem eos ita ab aliis possideri, ut vere invicem alios possideant: at iure fingi invicem possideri, ut & singuli finguntur alios possidere, quo invicem sibi acquirant: quod & vulgo recte respondetur. † Nam 26
illud recipiendum non est, ut dicamus ipsos sibi invicem servire, quomodo Africanus loquitur, quamvis a se ipsis invicem non possideantur. Si vere iudicare volumus, multo minus potest dici liber homo bona fide servire hereditati, aut coheredibus, si adhuc dominum vivere existimat. Nam quomodo his servire dicendus est, qui liber est; aut quomodo bona fide, qui non est hoc animo, ut his serviat? Animus enim possessi & eius opinio, non res ipsa hanc servitutem facit. Et quomodo opinione sua servire potest hereditati aut coheredibus, qui his adhuc locum esse non putat? Atque ut concederemus omnes hoc animo esse, ut invicem aliis servirent: tamen verum est illud, quod supra monuimus, nihil facere Stichi animum ad coheredibus acquirendum, nisi & coheredes proprio aliquo iure nitantur, quo illis acquiratur. Hoc autem non est aliud, quam ipsorum possessio, qua Stichum possidere existimantur. Ad hanc igitur possessionem semper nobis veniendum est. Idemque faciendum est, & cum de coheredum acquisitione agitur, qua Sticho vicissim per eos acquiratur. Proinde quaerendum, quam hic possessionem eius cui acquiritur, intelligere debeamus. Illam vero dicimus intelligi, quae vere non sit; sed quae singulari iure ad hanc acquisitionem & in hereditate & in heredibus esse fingatur.

Ad L. Si ego. *Ult.*

Celsus lib. 6. Digestorum.

Si ego decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Seio quanto minus a Titio consequi possim: si decem petiero a Titio, non liberatur Seius. Alioquin ne quicquam mibi cavetur. At si iudicatum fecerit Titius, nibil ultra Seius tenebitur. Sed si cum Seio egero, quantumcunque est, quo minus a Titio exigere potuero eo tempore quo iudicium inter me & Seium acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio, responsi summa, & quid hic dubitationem faciat.*
2. *Duo rei promittendi in specie proposita, non Seius fideiussor.*
3. *Stipulationem in re dubia semper ita accipiendam, ne sit inutilis: idque agi inter contrahentes.*
4. *Qui promisit, quanto minus a Titio consequi possem, non tantum pecunia a Titio soluta, non tenetur; sed etiam si me agere cessante Titius solvendo esse desierit.*
5. *Fideiussor non liberatur, reo facto non idoneo, quamvis cessante creditore factus sit non solvendo, idque fideiussore denuntiante, ut reum compelleret ad solvendum.*
6. *Cum Seio subsidiario promissore si agat creditor in proposito, non semper liberari reum primum & principalem: & quibus casibus liberetur.*
7. *Cum subsidiario promissore, qui promisit, quantum a reo principali consequi non potui, quando agi possit.*
8. *Discussio bonorum quomodo recte fiat, ut ad subsidiarios perveniri possit, tanquam qui excussis facultatibus reperti sint non solvendo.*
9. *Species apposita huic loco.*
10. *Cum subsidiario promissore agendo in id quod reus principalis facere non potuit, reum principalem solo hac petitione liberari ex sententia Celsi.*
11. *In quantam summam reus principalis liberetur, lite cum subsidiario promissore contestata.*
12. *Vocatur in disquisitionem liberatio superior rei principalis, ubi & difficultas responsi ostenditur.*
13. *Liberationis propositæ ratio ex sententia Celsi.*
14. *Electione unius ex duobus reis debendi, an alter liberetur: de sententia veterum in eo, & de constitutione Iustiniani.*
15. L. si ex toto, 8. §. 1. de legat. 1. *aperte additum a compositoribus.*

DEcem stipulatus a Titio, deinde hæc stipulor a Seio, non absolute, sed sub conditione atque his verbis, *quanto minus a Titio consequi possum*; idest, quod ex his a Titio consequi & servare
1 non possim. † In hac duorum eiusdem pecuniæ promissorum constitutione tractat Celsus, si cum uno ex his egero, an ea petitione quam solutionis effectus secutus non sit, alter liberetur. Hic statim diceret aliquis, & in universum, nequaquam liberari, & ratione certa, eaque ex principiis liberationum sumpta uteretur: quia qui semel debere cœpisset, quandiu non rediisset obligatio in eum casum, unde incipere non poterat, ita liberaretur, si pecunia soluta esset, aut esset eo nomine creditori satisfactum. *L. si rem*, §. *omnis*, *infr. de pig. act.* Quorum neutrum fit, cum ab uno pecunia tantum petita est. Non ita Celsus de proposita quæstione respondet. Sed ut difficultatem responsi liceat agnoscere, partim nulus conventione alterum liberari ait; partim ubi hac petitione liberari negat, eius rei rationem reddit, non quam diximus, sed quæ sit ex propria quadam huius stipulationis conventione petita: facile ut declaretur subesse hic quoque in contrarium aliquam dubitationem & eam iustam, cuius removendæ caussa propria ratione opus fuerit. Quorum in posteriore quid dubitationem faciat, alterum etiam quam per se verum sit, considerandum est. In summa autem distinguit Celsus in proposito, & referre ostendit: utrum cum Titio primo promissore egero, ut ex eo de Seii subsidiarii promissoris liberatione quæratur; an vero egero cum Seio, ut hinc quæratur de Titii liberatione. Ut si cum Titio egero, non liberetur Seius, idque propria ratione; sin egero cum Seio in id quod a Titio consequi non poteram, continuo in eam summam Titius liberetur. Quæ an ita sint, & quam rationem habeant, videamus. *Si decem*, inquit, *petiero*

re a Titio, non liberatur Seius. Intelligit non liberari hoc ipso, quod petii a Titio. Subiicit enim, *si Titius condemnatus iudicatum fecerit*, Seium nihil ultra teneri. Itaque hoc dicit, solutione quidem Titii fieri, ne Seius teneatur; conventione autem Titii sola nequaquam. Quod ait, Titio iudicatum faciente, Seium amplius non teneri, expeditum est. Promisit enim Seius sub conditione: si quid ego a Titio consequi non possem: quæ conditio tunc deficit, cum totum a Titio sum consecutus. Conditione deficiente, ex stipulatione deberi nihil potest. *§. sub conditione, Inst. de ver. obl* Neque de eo quidquam diceret, nisi significari vellet, quod dixerat, Titio convento, non ideo Titium non teneri, sic accipiendum esse: nisi Titius condemnatus iudicatum fecisset. Sed & quod ait, Titio convento, non ideo liberari Seium, per se non minus verum est: certe consentit cum principiis iuris, quæ ad liberandum debitorem solutionem aut satisfactionem exigunt: nec minus convenit cum iis locis, qui plures de hac specie scripti exstant, ut *L. decem, infr. de ver. ob. L. si decem, 21. infr. de sol.* At rationem huius responsi reddit, eamque etiam ut in iure obscuro accersit aliunde, nimirum ex mente contrahentium. Quod sane videri potest per se quidem supervacuum: in hac autem specie potissimum bis ineptum. Fuit enim iuris certi, reo principali prius convento, non ideo fideiussorem hac electione liberari. *L. reos, C. de fideius.* Hic autem fuit Seius, ut videtur, fideiussor. arg. *L. fideiussor, §. ult. L. si fideiussores in id. infr. de fid.* Quod si de hoc iure quid dubii esset, & eius ratio quæreretur: tamen hæc potius ratio esset, quæ esset omnium obligationum communis: quod nemo debitor rebus integris aliter quam solutione, aut satisfactione vel sua vel alterius liberaretur. Quorum neutrum vel Titio vel Seio contigisset ob id, quod ego cum Titio prius egissem. Quod si quæreretur, an petitio mea mihi nocere deberet: dicendum fuit, absurdum esse, quæ petitio mea caussa instituta est, eam mihi nocere. *L. non solet, L. nemo enim infr. de reg. iur.* Nunc autem ut in re dubia Celsus ratione usus est, & quasi superiora parum essent idonea, vel potius quasi hic esset aliquid proprium, quod non item servaretur in aliis fideiussoribus simpliciter acceptis, rationem ex eo duxit, quod Seius nominatim ita acceptus esset, ut promitteret, *quanto minus a Titio consequi possim*: idest, ita, ut prius Titium conveniri oporteret, quam Seium. Sic enim scribit: *alioqui ne quidquam mihi caveatur*: intellige eo modo, quo propositum est. Quæ iam non tam supervacua ratio videri potest, quam falsa. Huic enim consequens est, non idem dicendum esse, si alio modo fideiussor acceptus esset, & ego cum reo principali prius egissem: quod non ita est, ut ostendi. *d. L. reos, C. de fid.* Itaque res postulat, ut huius facti rationem explicemus.

2 Et necesse esset † supervacuam hanc confirmationem Celsi & rationem eius ineptam videri, si Seius in proposita specie fideiussor certo haberetur. At verbis fideiussoris acceptus non est, ut fit in illis locis, quibus quis idem promittens fideiussor dicitur, ut *d. L. fideiussor, §. ult. d. L. si fideiussores, in id, infr. de fid.* Sed ita acceptus, ut eiusdem rei promissor esset. Quam ob rem & duo rei promittendi in hac specie videri possunt. Nec ad rem pertinet, quod Seius promisit non absolute eadem decem, sed quanto minus a Titio consequi potuero. His enim verbis promittit idem, tametsi sub conditione: nempe quatenus a Titio consequi non possum. Dies autem, aut conditio unius ex reis promissioni adiecta non impedit duorum reorum constitutionem. *L. ex duobus*, 7. *infr. de duob. re.* Et vero an hic duo rei promittendi essent, dubitatum est, ut significat Paulus in *L. decem, infr. de verb. obl.* ubi in exemplo proposito ideo negat, convento Titio, Seium subsidiarium promissorem liberari, quia non sint duo promittendi rei. Quod sic respondet, cum in proposito posset dubitari, an duo hic rei essent. arg. in *L. a testatore, infr. de cond. & dem.* Quinimo hoc loco duos reos fieri Celsus confirmat, simul atque Seius impleta conditione ex sua promissione teneri cœperit, ut postea dicetur. Hinc scilicet ambigendi caussa, an Titio convento Seius liberetur. Nam si hic duo sunt promittendi rei: consequens est eum liberari ex eorum veterum sententia, qui putaverunt, si cum uno ex duobus reis actum esset, ea petitione liberari alterum. Quam quidem sententiam Paulus probasse videtur in *d. L. decem, de ver. obl.* & Celsus in altera parte distinctionis non obscure secutus est: de quo ibi plura. Adversus hanc dubitationem defensione opus fuit ei, qui statueret in proposito, si cum Titio egissem, non ideo liberari Seium. Hic igitur duplex defensio adhibita est, quæ ostenderet superiorem sententiam de conventione unius ex duobus reis in proposito non esse metuendam. Una est Pauli in *d. L.*

decem; Altera Celsi hoc loco. Et Paulus quidem negavit hic duos reos esse tunc, cum primum cum Titio agitur. Et recte: tunc enim Seius reus non est. Siquidem is non aliter ex conditione stipulationis obligatur, quam si, excussis Titii facultatibus, cognitum fuerit, eum non esse solvendo, ut mox dicetur pluribus. Hoc autem certum non fit tunc primum, cum agitur cum Titio: ut dicendum sit, nec eo tempore exstitere conditionem, sub qua Seius obligatur. Porro conditione pendente Seius nihil debere, eoque nec reus esse intelligitur. *L. cedere infr. de verb. sign.* Quod si tum reus non est: perspicuum est, eum petitione illius temporis ut alterum debendi reum liberari non posse. Celsus autem hoc loco plus sumit, ut dicat: etsi quis concesserit duos hic reos esse ab initio, Titium & Seium; tamen in proposito aperte actum esse, ut Titio prius convento, si ab eo consequi quid non possim, a Seio id petere liceret: hanc vero conventionem etiam inter duos reos esse servandam. Sic enim scribit: *alioquin nequidquam mihi cavetur*. Quibus verbis significat, si cum petii a Titio, placet liberari Seium contra, quam dixit, inutilem fore stipulationem, qua mihi cavi a Seio: hoc autem recipiendum non esse. Sed cur hoc modo inutiliter mihi a Seio caverim? Quia si hoc recipimus, non potero unquam a Seio petere. Necesse est enim id faciam, aut Titio prius convento, aut non convento. Si convento: dicimus Seium liberari. At cum liberato agi non potest. Si, Titio non convento: iam quominus cum Seio agi possit, ipsa stipulationis conditio prohibet. Conditio enim hæc est, ut ille dare debeat, si quid a Titio consequi non possim. Quæ conditio non prius exstitisse videri potest, quam Titio convento, & excussis in exsecutione iudicati eius facultatibus, compertum sit, eum non esse solvendo: ut postea pluribus ostendemus in explicatione alterius partis responsi. Sic fit, ut si volumus, Titio convento, liberari Seium: inutilis fit stipulatio, qua sum a Seio stipulatus: utpote ex qua a Seio pariter petere non possim, sive prius ege-
3 rim cum Titio, sive non egerim. † Inutiliter autem me mihi cavisse a Seio, seu inutilem videri hanc stipulationem, probandum non esse, significat ipsa conceptione verborum. Hæc enim oratio, & similes, *alioquin nequidquam mihi cavetur*, continet incommodum, quod ex contraria sententia consequatur. Ita hoc ipsum pro incommodo & minime recipiendo habendum esse innuit, si quis dicat hic stipulationem esse inutilem. Id quod tantum significasse Celso satis fuit, quoniam est iuris certi. Pertinet enim ad eam regulam, qua præcipitur, stipulationem ambiguam sic accipi debere, ne sit inutilis. *L. quoties in stipulationibus, infr. de verb. obl.* Idque eo certius est, quod ut ne sit inutilis, inter contrahentes agi intelligitur. Quorsum enim stipulatio, nisi ut finem stipulationi propositum consequatur, obligationem? quam si nullam contrahentes esse volebant, id facillime consequi poterant quiescendo. Semper autem in contractibus id servatur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. iur.* Nempe quia id agi a contrahentibus dicimus, quod illi senserunt & voluerunt. Hic autem consensus & placitum conventio est: quam esse servandam edicto de pactis cautum est. Idque non minus ad tacitas conventiones, quam ad expressas pertinet *L. 2. L. 4. supr. de pact.* Unde illud in *L. 3.* supr. *semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse*. Nec si hic duo rei essent, eo minus conventio esset servanda: quod & Celsus hic intelligi voluit. Non enim duorum reorum obligationi hæc conventio contraria est: cum nihil prohibeat utrumque solidum debere, & tamen creditorem cum altero pacisci, ne ab eo petat prius, quam alterum excusserit. Nam & fideiussor sic accipi potest, ut promittat, quod creditor a reo servare non poterit. Rei autem promittendi vice mutua fideiussores intelliguntur: quodque uni ex fideiussoribus recte præstatur, hoc & uni ex duobus reis tribui potest. *L. reos, infr. de duob. re.* Ergo ex dubitationis caussa quo spectet Celsi ratio, & quam apte ea hic utatur, intelligitur. Quo cognito, redeo ad sententiam. In qua ut res, sic & proprietas verborum observanda est. *Si decem*, inquit, *petiero a Titio, non liberatur* Seius. Recte: *non liberatur*, quem ex eventu secundum verba stipulationis obligari constat tunc, cum Titius condemnatus non est solvendo. Hac obligatione, inquam, non liberatur ideo, quia ego cum Titio prius egero: idest, non fit ista petitione, quominus obligatio Seii, quæ exsistente conditione stipulationis secundæ nata est, duret, & ea cum effectu teneatur. *At si*, inquit, *iudicatum fecerit Titius, nihil ultra, idest, nulla in re ultra Seius tenebitur*. Recte dixit, hoc casu Seium non teneri, non autem liberari. Re vera enim non tenetur, qui in hunc casum nihil promisit: sed non liberatur; qui nunquam ante fuit obligatus. Titio enim solvente, ego

decem

decem consequor: quo facto, deficit conditio, sub qua a Seio sum stipulatus. Ex conditionali stipulatione, ut ante dixi, nec peti potest, nec debetur quidquam, ubi conditio non exstitit. *S. sub conditione, Inst. de ver. obl. L. cedere, infr. de ver. sig.* Non est autem liberatio, nisi eius qui prius obligatus fuerit. Qua ratione in *d. L. decem, de ver. ob.* notatus est a Paulo Papinianus, quod dixisset hoc casu Seium esse solutum: cum si proprie loqui vellet, dicere debuisset, Seium non teneri, ut hoc loco fecit Celsus. Sed enim ait Celsus, Seium ultra non teneri: quasi usque ad solutionem Titii Seius obstrictus fuerit: post eam autem solutionem iam ultra non teneatur: quod falsum est. Nam ubi Titius solvit, defecit conditio promissionis Seii. Ex quo intellectum est, eum, ut in posterum non obligatur, sic nec ante obstrictum fuisse, & omnino dici non posse eum ullo tempore teneri. *d. L. cedere, de ver. sig.* Et hoc ita est, si hæc verba, *non tenebitur Seius*, sic accipimus: quasi simpliciter Celsus diceret, Seium non teneri. Verum ita accipi debent, quasi diceret, iam certo ultra non tenebitur Seius: seu, iam certum est, ultra Seium teneri non posse. Quod ex collatione præcedentis temporis recte dicitur. Etsi enim nec ante Seius tenebatur; tamen id ex eventu solutionis certum factum est. Cæterum ante hunc eventum certum non erat, & omnino dici non poterat, eum non teneri: cum per rerum naturam fieri posset, ut teneretur. Nisi malumus hæc verba non ad obligationem, sed ad metum obligationis referri: ut dicamus, Titio solvente, Seium non teneri ultra ullo metu obligationis: & recte, *ultra*, quia ad id usque tempus eo metu tenebatur. Sed de obligatione pecuniæ hic agitur. Quod si de hoc metu sentirent veteres, non minus recte hac ratione diceretur Seius Titio solvente liberari: quoniam liberaretur hoc metu. Quod tamen cum a Papiniano dictum esset, notavit Paulus in *d. L. decem, de ver. ob.* Quod ad rem attinet, illud cavendum est, ne quod Celsus dicit, *si Titius iudicatum fecerit, Seium ultra non teneri*, id sic accipiamus: quasi uno hoc modo contingat, ne Seius teneatur. id eum sentire intelligeremus, si quæreret in universum, quomodo fiat in hac specie, ne teneatur Seius; & rem hanc complecti volens, superiore definitione uteretur. Sed observandum est, rem proponi de me, qui a Titio petii; & hoc quæri, an hoc ipso quod ab illo petii, nempe etiam tunc cum aliud mihi obiici non potest, non teneatur Seius. Et negat Celsus hoc modo fieri, ne ille teneatur: nisi hoc accesserit, quod subiicit, ut & Titius iudicatum fecerit. Ex quo apparet, definitionem esse de petitione mea, qua cum Titio egi, deque his factis quæ hanc petitionem secuta sunt. Quæ definitio alios modos, si qui forte alii sint, quibus removeatur a Seio obligatio, non excludit; alioqui dicendum erit, etsi Titius non fecerit iudicatum, ante condemnatus; sed ultro sine iudicio solverit, quod debet: nihilominus Seium adhuc teneri, quod aperte falsum est, & a sententia Celsi plane abhorrens: qui son putavit referre, quomodo ego decem a Titio sim consecutus. Hæc eo spectant, ut si aliis locis, aut natura rei probatur aliis etiam modis contingere, ne Seius teneatur: sciamus hunc locum non refragari. † Ne quis autem frustra id moneri, 4 aut de hac quæstione sibi in hoc loco consistendum existimet: sciendum est, duobus modis accidere in specie proposita, ne Seius teneatur. Uno, quem verba stipulationis aperte ostendunt, si Titius conventus & condemnatus iudicatum non faciat, quia non sit solvendo: de quo hic. Altero, si priusquam a me conveniretur Titius, rem ab eo potui servare, quia ab illo recte & sine acerbitate exigere potui; me autem cessante, solvendo esse desiit. Quod ita expressum est in *L. si fideiussores in id, infr. de fid.* ut non minus certa ratione efficiatur ex conditione stipulationis. Stipulor enim a Seio quod a Titio consequi non potero. itaque si quid possum postea ab illo consequi, id a Seio secundum verba stipulationis non debetur. Vis hæc est conditionis, ut quod sub conditione datur, promittitur: sub contraria conditione denegari intelligatur *L. quibus, §. 2. infr. de cond. & dem.* At si quando potui a Titio consequi: semper verum erit, me potuisse consequi postea, etiam si deinde accidat, ne possim. Quare quandocunque id eveniet, nunquam postea secundum conditionem a Seio potero petere. Nec ad rem pertinet, quod hic duo sunt tempora, quorum uno a Titio consequi decem possum; altero & eo quod nunc est, non possum. Ideo enim posterius tempus non spectamus, quia ut desineret Titius hoc tempore esse solvendo, mea culpa factum est. Proinde perinde habendum, quasi non contigisset: ut factum meum & culpa mihi noceat; non adversario iuxta regulam iuris *L. factum cuique, infr. de reg. iur.* Non utimur ad hanc rem probandam illa regula, quoties per eum

eum, cuius intereſt conditionem non impleri, ſtat, quominus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet: *L. in iure, inf. de reg. iur.* quoniam regula huc non pertinet. A Titio enim non petendo cum poſſum, ſi poſtea Titius ſolvendo eſſe deſinat, non facio ceſſatione mea, quominus conditio ſequentis ſtipulationis impleatur, ſed quo magis impleatur. Sic enim fit, ut non poſſim conſequi decem: quæ conditio erat, ſub qua a Seio poſtum petere. Et hoc quæritur, an conditio ſecundum verba impleta pro non
5 impleta haberi debeat. † Non eadem cauſſa eſt fideiuſsoris ſimpliciter accepti, quæ eius, qui ita promiſit, ut proponitur hic Seius promiſiſse. De fideiuſsore ita ſcriptum eſt in *L. ſi fideiuſſor*, 82. *infr. de fideiuſſ.* ut poſſit quandoque a creditore conveniri, quamvis creditori denunciaverit, ut debitorem ad ſolvendam pecuniam compelleret, iſque ceſsaverit. Et recte: nulla enim in fideiuſsore taliter accepto conditio eſt, quæ creditorem tempeſtive cum reo agere cogat, & ceſsantem cum fideiuſsore agere prohibeat. Ne nunc quidem poſt conſtitutionem Iuſtiniani novellam, *de fideiuſſoribus* poſteriore loco conveniendis aliud ſervandum eſse putandum eſt. Ratum enim hoc eſse debet, quod ea conſtitutione ſpecialiter ad emendationem veteris iuris expreſsum non eſt, id veterum legum regulis relinqui oportere. *L. præcipimus, in fin. C. de app.* Non vult autem Iuſtinianus fideiuſsores ſimpliciter acceptos, id quod promiſerunt, debere ſub conditione, ſi creditor id a reo ſervare non poſſit. Sed cum ſimpliciter obligati maneant, ut ante; hoc beneficium eis tribuit, ut non ante a creditore conveniri poſſint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excuſſerit, *d. novel. de fid.* §. 1. & §. *ſed neque*. Quare dum creditor aliquando hoc faciat, conſtitutioni ſatisfactum eſt: nec ab illo exigemus; ut certo tempore cum reo principali experiatur, non ſolum contra formam ſtipulationis, ſed etiam contra rationem & veteris iuris, quod proponitur in *d. L. ſi fideiuſſor, infr. de fid.* & illius æquitatis, ſecundum quam receptum eſt, ut nemo invitus agere cogatur *tit. C. ut ne. invit. ag. vel ac. cog.* Sed hæc quæſtio alterius loci eſt, & eget paulo pluribus verbis; nos in ſuum locum reiiciemus. Hoc loco attingere neceſſe fuit: ne quod de fideiuſſore dicitur in *d. L. ſi fideiuſſor*, cum iis quæ de Seio in ſpecie propoſita diximus, pugnare videretur.

Seo si cum seio egero] Sequitur altera pars diſtinctionis propoſitæ: qua declaratur, ſi ex diverſo cum Seio ſubſidiario promiſsore egero, contrariam vim eſſe huius conventionis ſuperiori: Titium nimirum liberari in eam ſummam, quam ego a Titio exigere non potui tunc, cum litem conteſtatus ſum cum Seio. Cuius reſponſi obſcura admodum & ſententia, & ratio eſt. Quæritur enim quodnam ſit hoc genus liberationis, quod non ſolum videatur adverſari notiſſimis regulis iuris, quibus efficitur ſolutione quemque, non petitione liberari; ſed etiam in quo videatur Celſus aperte & quidem eodem in loco a ſeipſo diſſentire. Prius enim dixerat, Titio convento, non ideo liberari Seium: cur convento Seio, potius hac petitione liberetur Titius? Et eſt omnino reſponſum eiuſmodi, quod in primis egeat explicatione. Cum autem id conſtet certis quibuſdam partibus, & ſit in ſingulis, quod quæratur: commodiſſimum erit ad ſententiam eius cognoſcendam ſingulas ſeparatim expendere, ac ſi quid in his dubii ſit, ordine explicare. Animadvertendum eſt igitur, contineri reſponſum tribus his veluti partibus, cauſa nimirum certa, cuius effectus ſtatuatur Titii liberatio, ſed ea ad certam uſque ſummam. Hæc ſigillatim conſideremus. Cauſa liberationis eſt hæc, totidem verbis hic expreſſa, *ſi cum Seio egero*. † Generaliter 6
dictum hoc, ut videtur: nihil enim adiicitur; quaſi utcumque cum Seio actionem inſtituero, continuo Titius liberetur. Quod non ita eſt. Quid enim, ſi cum Seio egero Titii nomine? Quid, ſi egero cum illo ex ſua promiſſione, ſed tunc cum nondum ex conditione ſtipulationis mihi teneretur? Neutro modo ita liberatur Titius, ut hic ſcriptum eſt. Fingamus primum, cum agerem cum Titio, ultro Seium ſe obtuliſſe liti, & iudicium in ſe nomine Titii ſuſcepiſſe: ut ſi quid illum debere conſtaret, hoc præſtaret. Iudicium quidem hic erit, & cum Seio conſiſtet, ut vere hic dicendus ſim cum Seio egiſſe. Hoc amplius & ita ius vetus fuit, ut Titius hoc facto liberaretur: quo iure iudicium quiſque pro alio accipiendo eum invitum & ignorantem liberat. *L. ſolutione, infr. de ſol.* Sed hoc modo liberatur Titius non in id ſolum, quod a Titio exigere non potui, ut hic ſcriptum eſt, ſed in id etiam, quod exigere non potui: denique in ſolidum, quantum Titius debuit, & de quo egi cum Seio, ut eſt vis novationis. *d. L. ſolutione, L. delegare, infr. de novat.* Quod ſi fingemus egiſſe me cum Seio

ex

ex ſua promiſſione, ſed prinſquam pro-
miſſionis eius conditio exſtitiſſet: non po-
teſt hoc evenire, ut Titius ea petitione
liberetur. Nam ſi negabit Seius ſe debe-
re, fruſtra ago: cum illum abſolvi neceſſe
ſit, adverſus quem nondum ulla obligatio,
nedum actio mihi nata eſt. *L. cedere, infr.
de verb. ſig.* Ex inutili petitione liberatio
contingere non poteſt; cum ne petitio
quidem habenda ſit, quæ eſt inutilis. Un-
de qui pendente conditione agit, non tam
male agere, quam nihil agere dicitur. *L.
unica, in fin. quan. dies uſusfr. leg. ced.*
Et generaliter quæ iure non fiunt, pro eo
habentur, ac ſi facta non eſſent, *L. quo-
ties, ſupr. qui ſatiſd. cog. L. non du-
bium, C. de legib. L. 4. §. condemnatum,
infr. de re. iud.* Sin autem Seius ante
quam deberet, conventus, vel errore vel
conſulto fateatur ſe debere: Incipiet qui-
dem ille mihi teneri, nec aliud ei re-
linquetur, quam ut ſpatium ad ſolvendum
accipiat; quia confeſſi in iure pro iudi-
catis habentur. *L. ſi debitori, ſupr. de
iud. L. 1. infr. de conf.* Ut conſequens
ſit, dici etiam hoc caſu, non eſſe inutilem
petitionem meam. Sed ne ſic quidem hac
petitione liberabitur Titius: propterea
quod nec ulla mihi hoc facto novatio
cum Seio intercedat, ut qui alienam ob-
ligationem in ſe non ſuſcipiat, ſed tan-
quam de ſua confiteatur. Neque hic duo
ſint rei promittendi: cum Seius ex con-
feſſione ſua, non promiſſione obligetur,
His autem rationibus detractis, nulla hic
poteſt naſci liberatio ex petitione. Quid
ergo eſt? Nempe conditio ſic accipienda
eſt: ſi cum Seio egero ex ſua cautione,
& tunc cum potui iure cum illo experiri,
impleta nimirum conditionis eius condi-
tione. At nihil horum hic adiicitur. Sci-
licet quia non fuit neceſſe; ſatis enim aut
ſententia, aut vi verborum continetur.
Sententia enim manifeſta eſt, ita Celſum
de Titii & Seii conventione hic agere,
quatenus uterque ex ſua cautione conve-
niatur. Huc enim ſpectat, quod initio
proponit amborum promiſſiones diverſas.
Et certe cum initio dixit. *Si decem pe-
tiero a Titio:* omnes intelligunt hoc eum
ſenſiſſe, ſi decem petiero, quæ ille ex
ſua illa ſupra ſcripta cautione debet. Ita
& cum ſeparatim ſubiicit. *Sed ſi cum Seio
egero*, ſic intelligere debemus: ſi cum Seio
egero de eo, quod ille pro ſe cavit. Quod
autem, *egero*, ſic accipimus: egero tunc,
cum iure ex conditione ſtipulationis po-
tui: vi verbi efficitur. Proprie enim non
eſt actio, niſi quæ iure actio eſt: ubi iure
perſequimur iudicio, quod nobis debetur,
ut eſt definitio actionis. *L. nihil, infr.
de ob. & act.* Itaque ſi peto quid a Seio,
nec conſequor, quia non debuit: non
ago, ſed agere volui. Sed etſi conſequor,
ſed ideo, quia cum non deberet, confeſ-
ſus eſt, in iure ſe debere: ne ſic quidem
dici debeo de eo egiſſe: quia non eſt actio
ſine iudicio, ex eadem definitione: nullum
autem iudicium eſt in confitentes. *d. L.
ſi debitori, ſupr. de iud. L. proinde, §.
ult. ſupr. ad leg. Aq.* Sed hoc ex verbis
ſequentibus maxime intelligitur, cum ait:
*quantumcumque eſt, quod a Titio exige-
re non potui.* His enim verbis ſignifica-
tur id, de quo cum Titio prius egi, ſed
agendo exigere non potui. Quod cum
ſit, tum demum ſtipulatio adverſus Seium
committitur, & cum eo agi poteſt, non
aliter, ut paulo poſt dicemus.

† Quapropter ad cognitionem huius con- 7
ditionis, & eius, quæ inde pendet, li-
berationis, neceſſario cognoſcendum eſt,
quando cum Seio poſſim agere. Quod eo
libentius hic attingemus, quod eam ex-
plicationem præcipue deſiderare videtur
L. decem in fin. infr. de ver. obl. ubi
brevius eſt a nobis expoſitum. Et conſtat
hanc ſtipulationem: quod ex decem a Ti-
tio conſequi non potero, conditionalem
eſſe: ineſſe enim hanc conditionem: ſi
quid ex his conſequi non potero. arg. in
*L. 6. infr. de legat. 1. L. 2. infr. de
ber. inſt.* Ex conditionali ſtipulatione non
prius agi poſſe, quam conditio exſtiterit.
L. cedere, infr. de ver. ſig. Conditionem
porro hanc: ſi quid ex his a Titio con-
ſequi non potuero: cum in non faciendo
ſit, tunc exſiſtere, cum certum eſſe cœ-
perit, me a Titio decem conſequi non
poſſe. *L. hoc iure, 10. L. ita ſtipula-
tus*, verſ. *ſed etſi ita, infr. de ver. ob.*
Quæritur, quando id certum eſſe incipiat,
ut ſic poſſim impleta conditione cum Seio
experiri. Et in *d. L. decem, in fin. de
ver. ob.* ſcriptum eſt, a Seio ſecundo pro-
miſſore ante Titium excuſſum non recte
peti. Quo ſignificatur, ita certum fieri me
a Titio decem conſequi non poſſe, (quæ
conditio erat, qua impleta, licet ex ſti-
pulatione poſteriore cum Seio agere) ſi id
certum fiat, excuſſo prius Titio, ideſt, ſi
excuſſis Titii bonis compertum ſit, eum
non eſſe ſolvendo. † Excuſſum accipere 8
debemus eum, qui recte excuſſus eſt, ut
de condemnato ſcribitur in *L. 4. §. conde-
mnatum, infr. de re iud.* Privatim autem
excuti facultates non eſt ſatis. Sed iudi-
cio, quo cum Titio actum ſit, id fieri o-
portet; aut certe per iudicem, apud quem
decem a Titio petita erant: ut ſive is li-

tigans

tigans condemnatus erit, sive ultro in iure confessus erit se debere, quo casu & pro iudicato habetur, iudex in exsecutione iudicati per apparitores pervestiget Titii bona: ubi quæ reperiet, pignori capi iubebit; si non reperiet, id ipsum postulante actore declarabit, ut sciatur non esse in bonis Titii, unde mihi satisfiat. Quod nisi fit, semper recte dicet Seius facultates illius idonee non esse excussas: quod pro eo haberi debet, ac si excussæ non essent. *L. quoties, supr. qui satisd. cog.* Ac ne dubitemus in proposito rem ita transigi debere, ita reperiemus: Quoties sunt aliqui, quos placet subsidio teneri hac conditione, si ab aliis prioribus creditor suum consequi non possit, ut sunt fideiussores, mandatores, pignorum possessores: de his ita ius esse, ut placeat priores illos prius esse conveniendos: tum si eo iudicio idonei reperti non sint, ad sequentes subsidiarios esse perveniendum. *L. 1. C. de conven. fisc. deb. lib.* 10. *L. 4. C. quan. fisc. vel. privat.* Ex quo intelligimus excussionem debitoris duas has res desiderare: conventionem, qua cum eo ipso debitore iudicio agatur; & iudicati exsecutionem, in qua, pervestigatis eius bonis, constet quid facere possit, aut non possit. Non exigimus ut dum instituitur excussio Titii, vocetur Seius: ut adsit, si velit, & videat, quam fideliter in eo res geratur. Nihil enim amplius exigit conditio stipulationis, quam ut certum fiat, Titium solvendo non esse. Quod fit excussione legitima magistratus, etiam si Seius non adsit. Quare etiam non vocato eo recte res transigetur: & cum constiterit iudicio Titium non habere in bonis, unde mihi solvat: recte cum Seio, ut impleta stipulationis conditione, agetur. Tantum ut illa ad excussionem præcesserint, quæ dixi. Enimvero cur ut constet me a Titio decem consequi non posse, huiusmodi conventionem Titii, & discussionem bonorum eius exigimus? Quia non prius dicendus sum, non potuisse a Titio consequi, quam adhibitis his modis, quibus optime & iure possum consequi quod debet, constet me ne his quidem quidquam consequi potuisse. Ea autem consequendi & ab invito exigendi ratio est iure prodita: ut creditor adversus debitorem actionem prius dirigat, & caussa cognita sententiam accipiat, tum iudex pignora capi iubeat, & distrahi. *L. 1. C. de exs. rei iud. L. negantes, C. de obl. & act.* Quid ergo, aliter exploratum fieri non potest, Titium non esse solvendo: eoque nec aliter cum Seio agere possum, quam si Titius iudicio & per iudicem prius excussus fuerit? Vulgo volunt posse: cum dicunt supervacuam esse bonorum excussionem, si alias palam notum sit Titium solvendo non esse. Paulus contra in *d. L. decem, de ver. obl.* ita definit; ante Titium excussum a Seio non recte peti. Quibus verbis non hoc solum significatur, Titio recte & ut oportet excusso, impleri conditionem sequentis stipulationis, & cum Seio agi posse; sed hoc amplius exprimitur aliter conditionem non impleri, nec aliter posse agi cum Seio. At quid opus est discussione, si alias constat Titium unde solvat, non habere? Recte hoc quæreretur, si quidem alio modo de eo posset constare. Nunc autem id aliter non potest. Quid enim dicemus, Titii bona esse publicata? Sane vero hoc casu Titius non convenietur: non magis quam conveniretur, si esset mortuus. Sed conveniuntur hi, qui in bona successerunt, nempe fiscus, in cuius persona excuti intelliguntur Titii facultates. *L. 2. C. ad leg. Iul. de vi. L. 2. supr. de cap. demin.* Quid, si Titius bonis cesserit? Vel eo nomine cum illo agendum est, ut hoc ipsum sciatur, an plane & recte bonis cesserit: quod pro discussione cedet. Quin etiam, etsi publice notum sit, eum bonis cessisse: tamen adhuc incertum est, an quid possim ab illo consequi, nec ne. Quid enim, si quid adhuc apud se retinet, quod quærendo postea emergat? Qui scis etiam, an si per se facere non potest, possit tamen per alios: ut amicos, qui illius miserti, vel dent ei pecuniam, unde solvat, vel ipsi eius nomine pecuniam dissolvant? Quod an ita non sit: non nisi cum illo agendo, & eo excutiendo exploratum fieri potest. Multoque magis hæc dicenda sunt, si more civitatis bona civium censeantur, in quibus sit Titius, & ex publicis tabulis census probare quis velit, quid Titius habeat. Quid enim? an Titius fideliter omnia sua professus est, ut nihil habeat amplius, quam quod in censum retulit? An omnia, quæ alicui debentur, aut ipse debet, in censum referri solent? Quid post censum habitum? an non potuit augeri facultatibus? Sed & in hac re illud quod supra dixi, evenire potest, ut si iudicio cum illo agam, exsistat aliquis, qui eius nomine solvat, ne turpiter aut carcerem subire, aut bonis cedere cogatur, quæ pœna condemnatum non solventem manet. *L. 1. C. qui bon. ced. poss.* Sane si Seius fateatur, Titium solvendo non esse, nihil amplius quærendum est. Hoc qui fatetur, idem satis fatetur se ex stipulatione debere. Adversus confitentem nullæ

nullæ sunt aliæ partes magistratus seu iudicis apud quem agitur, quam ut eum præstare iubeat, quod petitur. *L. si debitori, supr. de iud.* Nam cur de eo, de quo non dubitatur, probationem exigat? *L. ult. C. quib. ad lib. proc. non lic.* Nos cum excussionem requirimus, de invito Seio, & eo qui se teneri neget, loquimur: cum actio & iudicium reddatur in invitum. *L. inter, §. 1. infr. de verb. obl.* Quocirca recte in *d. L. decem*, definitum ita est, ante Titium excussum a Seio non recte peti. Ita in summa, tunc exploratum fit, me a Titio non posse decem consequi, eoque & impleta conditione stipulationis cum Seio agere possum: cum Titio prius convento per iudicem, & ad executionem iudicati bonis eius excussis, compertum fuerit, eum solvendo non esse. Neque id aliter contingit. Atque eadem ex re intelligimus, si hæc præcesserint, & hinc cum Seio egero: tum sequi liberationem Titii eam, de qua hic agitur. Aliter si agam: ut nihil ago, ita ex inutili petitione liberationem ullam, aut effectum ullum contingere non posse, certum est. At enim ad liberationem Titii, quam hic Celsus statuit, nihil istorum ab eo exigitur, ut vel Titius a me conventus fuerit, vel excussæ per iudicem eius facultates: tantum hæc conditio est, si ego cum Seio egero. Iam dixi, hac conditione satis superiora contineri, etsi verbis non exprimantur. Agendi enim verbo, actio quæ vere & iure actio sit, accipienda est: idest, ius persequendi iudicio, quod mihi debeatur. Hæc ex stipulatione, quæ cum Seio interposita est, esse non potest, nisi impleta conditione stipulationis: neque impletur conditio, nisi eo modo quo dixi. Quo fit, ut nihil prætterea oportuerit adiici: & tamen intelligi sit necesse. Quanquam & illis verbis, quod a Titio exigere non potui, eadem illa maxime significari ostendimus: quam ob caussam & ad liberationem, quæ sequitur, necesse fuit explicari.

9 Secundum † hæc ita speciem ex facto proponi oportet. Egi cum Titio primo promissore, & decem petii, quæ promiserat. Condemnatus, aut etiam in iure confessus se decem debere, quinque tantum solvit. Reliqua quinque ab eo consequi non potui, quia solvendo non erat: idque in iudicati executione, excussis eius bonis, intellectum est. Qua ex re stipulationi sequenti, qua mihi Seius tenetur, locus factus est in reliqua illa quinque, quæ a Titio exigere non potui. Itaque & de his deinceps cum Seio egi, ut ferebat conditio stipulationis. Huius petitionis effectus quis sit, quæritur. Hunc Celsus esse vult, qui deinceps indicatur. Est autem hic, ut quantumcumque est, quo minus in specie proposita a Titio exigere potuero, tanto minus possea a Titio petere possim. *Quo minus potuero exigere a Titio* valet, quod non potuero exigere a Titio: & tanto minus ab illo petere possum, idest, tantam ego summam ab illo postea non possum petere. *L. illud, §. 1. infr. de trib.* De sententia videamus. Et cum dicit Celsus me id petere a Titio postea non posse hac conditione, si cum Seio egero: declarat me ideo non posse, quia cum Seio egerim: cum alioqui esset tale, quod ante iudicium cum Seio constitutum possem a Titio petere: tametsi ab illo exigere: idest, cum effectu petere ita ut consequerer, non possem. Nam si ante id quoque iudicium a Titio petere non poteram, quia non debebat: non fit, petitione cum Seio instituta, ut a Titio postea petere non possim; sed ideo, quia iam ante Titius esset liberatus. Quinimo si quid ab illo ante id iudicium petere non potui: ne cum Seio quidem agere potui, qui non debuit, nisi quod & Titius debuit, verum ita, ut ab illo consequi non possem. Iam vero propter actionem cum Seio institutam dicere me amplius a Titio quid petere non posse, quod prius ab illo petere poteram, nihil aliud est, quam dicere Titium ea petitione hactenus liberari. Quomodo enim consequatur debitor, ne quid ab ipso petatur, nisi liberatione? † Statuitur ergo his verbis ea 10
liberatio, quam dixi, ut cum egi cum Seio de ea summa, quam prius a Titio petere quidem poteram, quia adhuc debebat, sed exigere & consequi ab eo non poteram, quia non erat solvendo: deinceps posteriore petitione ita liberetur Titius, ut illam summam, quantacunque est (finge quinque ut in specie proposita, finge octo aut etiam novem, atque adeo tota decem integra) postea ab illo petere ipso iure non possim. Et hoc ita esse omnes concedunt, si quod ante exigere a Titio non potui, cum Seio agens id ab eo consequar. De quo nec dubitari oportet, quamvis Seius ex cautione sua & liberandi sui caussa solverit. Sic enim hic duo promissores sunt, ut sint non diversarum, sed eiusdem summæ promissores. Cui consequens est, uno solvente alterum liberari: sive quis hic duos reos esse dixerit, sive non esse. Non enim alia de caussa in duobus promittendi reis unius solutione tota tollitur obligatio, quam quod in utraque obli-

obligatione una res vertitur, §. *huiuscemodi, Inst. de duob. reis*. Hic autem in utraque eadem summa versatur. At quid, si Seius conventus & condemnatus non solvat, quia pariter & ipse solvendo non sit? etiamne hoc casu a Titio, si postea solvendo esse cœperit, hoc idem petere non licebit, & mihi mea cautio qua a Seio meum persequi institui, mihi nocebit? Hoc plerisque iniquum videtur, & a regulis iuris abhorrens: ideoque hoc loco admittere non possunt; sed verba hæc, *si cum Seio egero*, sic accipiunt: si egero cum effectu, & effectum interpretantur: si etiam agendo sim consecutus. Sed sententia Celsi manifesta est, statuentis liberationem Titii non in eo, si Seius solverit, sed in eo, *si cum Seio egero*. Quod si hoc ita accipi deberet, si & Seius solvisset, non tantum dicendum fuerat, Titium liberari, si Seius solverit; sed etiam ineptissime diceretur, eum liberari, *si cum Seio egero:* cum etsi cum Seio non egissem, tamen eo ultro & sine iudicio solvente, nihilominus Titius liberaretur. Denique generaliter ait Celsus, *si cum Seio egero*, nec adiicit, an solverit. Proinde sive solverit, sive non solverit, hoc sic accipiemus, ut Titius petitione mea liberetur. Sic enim quæ generaliter & indistincte scripta sunt, accipi debere declaratur cum alibi sæpe, tum maxime in *L. metum autem*, 9 §. *animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam, vers. a quo, supr. de pet. her. L. de pretio, supr. de publici*. Neque vero ullo modo probandum est, ut verbum *egero* sic interpretemur: egero ita, ut sim consecutus. Nihil enim commune aut coniunctim habet actio cum solutione: cum & agere quis possit, ut nihil consequatur; & contra consequi sine actione, debitore nimirum ultro solvente. Non moveor, quod verba cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. *supr. quod quis, iur. L. pen.* §. *docere, supr. ne quis eum qui in ius voc.* Nam & egisse vere, ac cum effectu dicendus est, qui iudicio eo usque egit, donec lis (idest, actio, si quidem litis nomen omnem actionem significat. *L. litis, infr. de verb. sig.*) finem acciperet. Quod sit non solutione, sed sententia iudicis, qua reus vel absolvatur, vel condemnetur. *L.* 1. *infr. de re iud.* Et quidem exceptio rei iudicatæ tunc solum reo competere dicitur, cum iudicio cum eo actum fuerit. §. *item si, Inst. de exc.* Constat autem huic exceptioni locum non esse, nisi absoluto reo. Quo declaratur, etiam absoluto reo recte & proprie ac cum effectu dici, iudicio actum esse. Quare dubium esse non potest, quin quod dicit Celsus, *si cum Seio egero*, postea a Titio peti non posse, hanc sententiam habeat, Titium ea petitione liberari: ergo liberari, non si Seius solverit, sed contra si non solverit: quo dici vere possit Titium petitione liberatum, non solutione. Cuius liberationis ratio postea exponetur. Prius tertium illud quod in hoc responso esse dixi, & temperamentum huius liberationis continet, consideremus.

† Et non simpliciter Celsus ait, si cum Seio egero, liberari Titium in eam summam, quam a Titio exigere non potui; sed addit, quam exigere non potui *eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est*. Hoc eam significationem habet: ut si alias plus minusve a Titio exigere non potui, nihilo secius solum spectetur id, quod fuit tempore litis cum Seio contestatæ: eoque nec in id quod aliquando amplius fuit, Titius liberetur; neque id quod fuit minus, minuat huius temporis liberationem. Quod, admissa supra scripta liberatione, manifestam rationem habet. Vult enim Celsus Titium liberari petitione mea, quæ cum Seio instituta sit. Atqui quam summam a Titio exigere non potui eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est, animadvertendum est, eam ipsam summam esse & solam, quam a Seio petii, quam eandem iure potui petere: nihil enim debet Seius, nisi quod a Titio consequi non possim. Ita huius summæ petitione Titium liberari Celsus intelligit. Hoc si ita est: consequens est, neque ultra quam in eam petitionem deductum sit, Titium liberari, quia ultra id quod petitum est, nulla sit petitio, quantacunque ante fuerit summa, quam ab illo non potuerim exigere: & rursum quatenus in petitionem deductum erit, in tantum nasci liberationem, tametsi aliquando minor summa fuerit, quam a Titio exigere non potuerim: scilicet ut neque extra caussam quæratur effectus, & ubicunque illa est, ibi ea suum effectum teneat. Utriusque partis exempla hæc sunt. Ac primum plus me antea exigere non potuisse propone hoc modo. Cum decem petiissem a Titio, & eum excussissem: primo nihil potui ab eo consequi, quia in totum solvendo non erat. Post auctus facultatibus cœpit facere posse quinque, & ita factum est, ut cum prius non potuissem exigere ab illo integra decem, nunc sola quinque non possim exigere. Atque hoc tempore cum Seio agere institui, & litem cum eo sum contestatus. Celsi sen- 11

ten-

tentia est, hac petitione mea liberari Titium: non tamen in decem, quæ aliquando ante ab eo exigere non potui; sed in quinque solum, quæ non potui exigere eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est. Cur ergo in hanc summam potius, quam in illam: cum pariter verum sit me utramque non potuisse a Titio exigere? nempe quia sola hæc quinque petii a Seio, non illa decem. Absurdum vero est dici, quemquam hac petitione ultra summam petitam liberari: cum ultra eam petitio nulla sit. Ut autem in hac specie petere tantum possim quinque, non illa decem quæ quandoque exigere non potui, verba stipulationis faciunt. Nam his verbis: Quod a Titio consequi non potero, Seii dabis? non solum stipulor sub conditione, si consequi a Titio non potero, sed etiam id ipsum, quod consequi non potero. Etsi igitur secundum conditionem dici potest, cum primo decem consequi non potui a Titio, commissam esse stipulationem in decem: tamen quia ante quam ea peterem, cœpi ex parte ea posse a Titio consequi, ideo hæc iam tota petere a Seio non possum: quia eo tempore quo agitur, quatenus a Titio consequi possum, non subest res, quæ in stipularum deducta erat. Quemadmodum si stipulatus essem a Seio, quod Titius deberet, & prius quam a Seio peterem, Titius totum aut partem debere desiisset. Nam & hic quod ille iam non deberet, a Seio petere non possem: quia debitum esset exstinctum, res videlicet stipulatione comprehensa. Finge e converso prius summam, quam non potui a Titio exigere, minorem fuisse, quam tunc cum adversus Seium litem sum contestatus. Eveniet hic quoque, ut minor prior summa posterioris liberationem non minuat, hoc modo: Si cum Titius excussus esset, repertus sit non esse solvendo, postea locupletior factus sit ad quinque, ut iam sola quinque essent, quæ ab eo exigere non possem: sed cum me ignorante id factum esset, ego ab eo non petierim, & interim desierit solvendo esse, ut ante; aut eum scirem locupletiorem factum, prius quam possem ab eo petere, repente facultatibus lapsus sit. Fingimus Titium ab initio non fuisse solvendo, ut intelligatur nullam in me culpam esse, si ei postea non institi, a quo me consequi posse non putarem. Nam si ab initio repertus esset idoneus, neque ab eo exegissem, non progrederemur longius: quia cessatio mea mihi noceret, quominus a Seio petere possem, ut supra ostendi. *L. si fideiussores in id, infr. de fideiuss.* Quod postea locupletiorem factum fingimus, deinde rursum desiisse esse solvendo, eo spectat, ut declaretur, quomodo accidat, ut quod prius a Titio exigere non potui, puta, quinque tantum, minus sit eo, quod non potui exigere postea tempore litis cum Seio contestatæ, nempe decem tota: quam speciem proponi nunc volumus. Quod exigimus, ut Titius solvendo esse desierit, priusquam scissem solvendo esse factum, aut possem ab eo petere, eandem rationem habet, quam supra reddidi: quia hoc modo fit, ut Seius in eam summam posteriorem quæ maior est, teneatur. Alioqui non tenetur. *d. L. si fideiussores*, Cum hæc ita erunt; si eo tempore agam cum Seio, & quæratur in utram summam liberetur Titius, minoremne priorem, an in maiorem posteriorem: Respondet Celsus liberari in hanc posteriorem: idest, eam quæ fuit eo tempore, quo iudicium cum Seio acceptum est: eadem illa ratione, videlicet, quam initio posui: quia hanc petii a Seio, quam eodem tempore a Titio exigere non poteram; non priorem, quæ minor erat. Maiore petita, si Titius petitione liberatur, perspicuum est eum in maiorem quæ petita est, liberari. Sed in his quæ diximus, an non saltem hoc casu definitio Celsi falsa erit? Nam si in specie proposita culpa mea consecutus non essem illa quinque, quæ prius poteram a Titio consequi, dixi, quamvis Titius ea ipsa postea facere desiisset: tamen nihil me amplius a Seio petere posse, quam altera quinque, quæ prius consequi non poteram. Quibus solis petitis, non potest dici Titius in maiorem summam liberari. Atqui hinc eventurum est, ut si eo tempore quo cum Seio agere cœpi, integra decem a Titio exigere non possim: non tamen liberetur Titius in eam summam, sed in quinque duntaxat, neque adeo in maiorem summam possit liberari. An non igitur inquam, saltem hoc casu falsum erit, quod Celsus definit, si cum Seio egero, Titium in tantum liberari, quantumcunque est, quod a Titio exigere non potui eo tempore, quo lis cum Seio contestata est? Et si persona Titii tantum hic spectetur, definitio hoc casu falsa sit. Cum hoc enim solo si agatur, re vera ab eo exigere non possum, quod ego ab illo possum petere, ipse autem præstare non potest. Sed si etiam Seii in hac potestate ratio habetur, vera est definitio. Cum hoc enim agendo & petendo quod a Titio exigere seu consequi non possum, videor a Titio exigere posse id, quod prius potui, si per me factum sit,

quominus possem. Itaque definitio recte sic accipietur: quantumcunque est, quod a Titio, habita etiam Seii ratione exigere non potui, tantum postea a Titio petere non possum. Quæ de his dicta sunt, quæ ante litem cum Seio contestatam in facultatibus Titii contigerunt: eadem & de his dicenda sunt, quæ acciderunt postea; ut quemadmodum illa, sic nec illa spectentur ad eam liberationem Titii, de qua loquimur. Itaque nec si Titius postea minus facere cœperit: in maiorem summam liberabitur, quam in eam, quam a Titio exigere non potui tum, cum egi cum Seio, eamque ab illo petii: Nec si postea locupletior factus facere posse cœperit, quod ab eo ante exigere non poteram: eo minus liberabitur in eam summam, quam a Seio petii. Utputa, cum quinque a Titio consequi possem, alia quinque non possem, necdum tamen ab eo quidquam exegissem: petii a Seio quinque illa, quæ a Titio me exigere non posse constabat. Deinde etiam minus quam quinque facere posse cœpit Titius, atque adeo in totum desiit esse solvendo. Non ideo liberabitur in maiorem summam, quam quinque, quæ tempore litis cum Seio contestatæ exigere ab illo non potui; eadem illa ratione; quia hæc sola petii a Seio, neque hac petitione potest quisquam liberari, ultra quam in eam deductum est. Contra, a Seio decem petii, quæ tota a Titio consequi non poteram. Etsi proponas Titium postea in tantum facultatibus auctum esse, ut posset solida decem præstare: tamen ea res non efficiet, quominus in tota decem quæ a Seio petii, liberetur. Petitione enim ipsa a principio liberatus cum sit: non potest ullo eventu fieri, quin sit liberatus. Dixi, si Titius postea minus plusve facere cœperit, non autem si a Titio postea minus aut plus exigere potuero: quia si petitione mea liberatur Titius, non possum dici quidquam ab eo exigere posse, etsi possit, si velit, præstare.

Recte igitur dicitur, si cum Seio egero, & hac petitione liberatur Titius in id quod ab eo exigere non potui: non liberari eum, nisi in id quod exigere non potui eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est: quod quam vim & rationem habeat, expositum est. Sed conditio est hæc, si hac petitione liberatur Titius in id, quod ab eo exigere non potui. Celsus autem aperte dicit id me postea a Titio
12 petere non posse. † In quam sententiam restat, ut inquiramus. Quominus enim id statuatur, omnia videntur adversari. Ex decem promissis a Titio exigere non potui quinque, quia hactenus solvendo non erat. Sed non eo minus illa ipsa quinque debuit, ut ab initio. Quomodo ergo si a Seio ea petam, & nec is solvat, Titius liberetur? Sic ius est: rebus integris non nisi solutione aut satisfactione quemquam liberari. *L. si rem, §. omnis, infr. de pig. act.* Non ergo si petam a debitore, & ille non solvat, aut aliter mihi satisfaciat, ideo liberabitur. Et quomodo petitio mea mihi noceat, quæ in hoc comparata est, ut mihi prosit? Denique receptum est, neminem persequendo deteriorem caussam suam facere, sed meliorem. *L. non solet, L. nemo enim, infr. de reg. iur.* Quid, si etiam initium huius loci refragatur, quominus id statuamus? Nam, Titio a me convento, prius negavit Celsus liberari Seium. An non idem mutata persona valet, ut Seio convento, nec Titius liberetur? Nihil ad rem expediendam facit, quod olim respondit Azo, ideo in hac specie, Seio a me convento, liberari Titium, quia videar hac petitione pactus esse, ne a Titio idem peterem. Nam neque hoc verum est, nec si verum esset, id quidquam prodesset Titio. Primum non quia egi cum Seio, petendo quod a Titio consequi non poteram: ideo Titium liberare volui. Coactus enim a Seio petii: quia non poteram consequi a Titio. Nulla remissionis aut liberalitatis significatio est in eo, quod quis facere necesse habuit. *L. rem legatam, infr. de adim. leg.* Tum autem etsi tale aliquid essem pactus: non ideo tamen liberaretur Titius: quia pacta inter alios interposita aliis non prosunt. *L. si unus, §. pacta, vers. ante omnia, supr. de pact.* Nec simile est exemplum eius creditoris, qui cum unum ex fideiussoribus possit eligere in solidum. Quia cæteri solvendo non erant, egit etiam cum aliis, & actionem inter eos divisit: post quam petitionem placet creditorem ad eum fideiussorem, qui solvendo est, postea in solidum redire non posse. *L. liberum, C. de fid.* Voluntate enim sua divisit actionem, qui si vellet, poterat totum ab uno consequi. Hic mihi non est liberum a Titio exigere solidum, ut dicar, si ex parte agam cum Seio, divisisse actionem, & hoc modo Titium hactenus liberasse. Non enim alia de caussa ago cum Seio, quam quod id quod ab eo peto, a Titio consequi non possum. Itaque cum hæc ratio liberationis displiceret Ioanni, neque aliud ei occurreret ad liberationem hanc introducendam: eo adductus est, ut diceret non magis hic Titium liberari, si cum Seio egero, quam libera-

tur

tur Seius, si a Titio petiero: sed esse hanc responsi summam, cum utro ex his prius egero, hac petitione pariter non liberari alterum. Quod & Bartolus difficultate obiectionum victus, secutus est, deinde & hoc auctore alii plerique. Sed alterum fieri potest, ut verum sit, quod dicunt, si cum Seio egero, nec liberari Titium. Alterum non potest recipi, ut ex verbis huius responsi hæc sententia statuatur. Ait enim Celsus me postea a Titio petere non posse, quod ab illo exigere non potui. Isti dicunt, me nihilominus posse a Titio petere, inversa plane sententia. Quod in verbis tam diserte, & tam latine scriptis non videre, pudendæ inscitiæ est. Hac igitur liberatione retenta, quam hic statui ex verbis apparet, quidam tentant eam defendere novationis iure: quasi nova persona interveniente, quæ idem promittat, novatio facta sit prioris obligationis, ut ius olim fuit. *§. præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed aperte Celsus in specie proposita novationem repudiat, cum ait, Titium liberari petitione mea, & liberari in id quod ab illo exigere non potui tempore litis cum Seio contestatæ. Nam si novatione liberaretur; dicendum fuit, liberari eum non tunc, cum litem cum Seio sum contestatus; sed iam tunc, cum certum esse cœpit, me ab illo quid consequi non posse, quoniam tunc conditio stipulationis novantis extitit. Dicendum etiam liberari eum in eam summam, quam tunc a Titio exigere non potui; non in eam quam exigere non potui alio tempore. Et vero in hac specie etiam ex iure vetere novatio intelligi non potest. Non enim ne hoc quidem iure satis fuit ad novationem, si quod mihi aliquis debet, alius stipulanti mihi promittat; sed accedere oportuit, ut promitteret idem, & tantundem. Aliter nulla erat novatio; veluti si fundum certum a Titio stipulatus, aut partem eius fundi stipuler ab alio, aut quod idem valet, eundem fundum detracto usufructu: quo casu priorem stipulationem non novari diserte scriptum est, idque ex sententia iuris antiqui in *L. eum qui ita, §. pen. infr. de verb. oblig.* Quod ipsum in proposito contingit, ubi Seius, quod a Titio consequi non potero, promittens alias tota decem, alias quinque, alias minus, interdum etiam nihil promittere intelligitur, prout varie Titius non
13 erit solvendo. Quid ergo est? † Dicendum est vere liberationem Titii a Celso hic statui; liberationis autem caussam in eo esse, quod cum constitit Titium in quinque non esse solvendo, ea Seius debere cœpit ex conditione stipulationis. Ita eventu duo rei esse cœperunt. Quo posito, locus fit sententiæ veterum, qui putabant, si cum uno ex duobus reis promittendi agi cœperit, ea petitione alterum liberari. Quod placuisse Paulo licet colligere ex ea ratione, quam reddit in *L. decem, infr. de verb. obl.* in qua eadem sententia Celsum fuisse hic locus probat: utpote qua non posita, neque in priore parte huius responsi ulla dubitationis caussa probabilis reperiri potest: neque posterioris definitio potest ullo modo defendi.

† Sed sunt, quæ huic sententiæ opponantur, partim scripta de hac ipsa specie, partim in universum tradita de petitione adversus unum ex duobus reis instituta. 14
Si de hac specie quæritur, Paulus in *d. L. decem*, negat in hac specie duos reos esse: sed negat esse ab initio tunc, cum Titius nondum excussus est. Et recte negat: nam quandiu incertum est, an a Titio promissum consequi possim. Seius nihil debet, eoque debendi reus non est. Sed cum uterque idem debere cœpit, quod fit, cum a Titio quid exigere non possum: res eo deducitur, ut in eam summam, quæ pariter ab utroque debetur, duo rei esse incipiant. At rursum idem Paulus in *L. si decem, infr. de sol.* diserte scribit in eadem hac specie, etsi cum Seio prius egero, Titium in nullam partem liberari. Nihil id huic loco adversatur: in quo intelligimus cum Seio secundo promissore actum esse recte, & ex conditione stipulationis: quod fit, cum agitur tunc, cum iam actum esset cum Titio, & constitisset me ab eo quinque consequi non posse. Differentiæ ratio in promptu. Nam si Titio prius non convento & excusso cum Seio agi non potest, ut non potest: *d. L. decem, in fin. de ver. obl.* quæcunque adversus eum petitio primum instituitur, eam nullam esse necesse est. Porro ex inutili & nulla petitione Titius liberari non potest. Cum autem prius cum Titio actum est, cœpitque intelligi ab eo quinque exigi non posse, tunc obligatur Seius, eaque summa recte ab eo petitur. Hac petitione, quæ vere petitio est, non mirum, si alium liberari posse dicimus. Sed ut de hac specie nominatim contra nihil dicatur: attamen de pactione adversus unum ex duobus reis instituta exstat hæc definitio compluribus locis in universum tradita, hac petitione alterum non liberari. Sic enim dicitur liberari alter, si is qui conventus est, præstiterit, ut in *L. 5. in fin. infr. com.* alibi, si cum uno actum sit, & solutum, ut in

in *L. si ex toto*, 8. §. 1. *infr. de legat.* 1. alibi ne qua sit hæsitatio, aperte scriptum est, non liberari alterum, si cum altero agatur: non enim electione eos, sed solutione liberari, ut in *L.* 1. §. *si apud, infr. dep.* Dicimus non esse hæc argumento, Celsum idem sensisse. Etsi enim fuerint ex veteribus, qui putarent unius ex promittendi reis electione non liberari alterum: facile tamen probari potest, fuisse & quidem frequentius, qui putarent liberari. Inepta Pauli defensio est in *L. decem, de ver. ob.* nisi hoc pro iure certo, quod ipse agnosceret, posuerit. Eiusdem definitio est in *L. qui servum, vers. nec hæc inter se, supr. de interrog.* uno ex duobus reis debendi convento, alterum quoque liberari. Sed & hanc veterum sententiam fuisse aperte declarat *L. ult. C. de fid.* qua Iustinianus etiam in duobus reis promittendi se constituere ait, ne ex unius rei electione præiudicium creditori adversus alterum fiat. Frustra, nisi aut ita ius vetus fuit, aut certe de eo veterum dissensiones fuerunt. Adde, quod ea constitutio cum sit una ex quinquaginta decisionibus Iustiniani, ad emendationem iuris veteris aut veterum dissensiones componendas comparata est. Hæc emendatio nisi in eo quod fuit, consistere non potuit. Nec dubium est, quin unius electione liberari alterum senserint plures, quam supra scripti loci ostendunt.
15 † quod ex *d. L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. potest constare. Perspicuum est enim pro his verbis, *si cum uno actum sit, & solutum, alter liberatur*, quæ verba initio illic leguntur, scriptum a Pomponio fuisse tantum, *si cum uno actum sit, alter liberatur:* ut sit sensus, unius electione liberari alterum. Nam si diceret, alterum liberari, si unus non solum conventus esset, sed etiam solvisset: supervacua esset & ridicula quæstio quæ sequitur, an si creditor partem ab altero petierit, posset reliquum ab altero petere. Plus quam enim stultum est dubitare, an si pars tantum ab uno petita sit, liberetur alter: cum etsi totum petitum esset ab uno, tamen prius constitutum sit, alterum non liberari. Sed hoc ita est: cum prius ita scripsisset Pomponius, *si cum uno actum sit, alter liberatur:* recte ex eo dubitavit, an pariter dicendum sit, alterum in solidum liberari, etsi cum uno de parte tantum actum sit. Et respondet non idem dicendum esse, nisi pro portione. Proinde reliquum quod petitum non est, ab altero quoque peti posse. Cum dicit ab altero peti posse reliquum: satis ostendit id ipsum quod ab uno petitum est, non item posse peti ab altero, itaque hac petitione alterum liberari: ut appareat locum a compositoribus Pandectarum interpolatum esse. Hæc aliorum sententia cum fuerit, sive omnium, sive plurium: nihil obstat, quominus idem quoque Celsus senserit. Et vero id eum statuisse iam ante ostendi: cum neque in priore parte responsi ulla fuerit probabilis dubitandi causa, nisi hoc iure posito: neque posterior pars ullam defensionem habeat, nisi in hoc iure constitutam. Verumtamen hac veterum dissensione admissa, incidimus in hoc incommodum, ut fateri cogamur esse aliquid in Pandectis contrarium: quod Iustinianus recipi vetat, & vero negat inventum iri, si quis subtiliter diversitatis rationem excutiat. *L.* 2. §. *contrarium, C. de vet. iur. enucl.* Ergo ut huic morem geramus, consultum est id dicere, quod Duarenus ad *d. L. decem, infr. de ver. obl.* dissimilibus in caussis superiora hæc responsa esse non sine certa differentiæ ratione: proinde contraria inter se videri non debere, neque eo minus verum esse, quod hic Celsum sensisse diximus. Summa autem hæc est, in bonæ fidei iudiciis, & in legatis, uno ex reis debendi electo, alterum non liberari; in strictis iudiciis contra. Et sane quod in *L.* 5. §. *ult. infr. com.* item in *L.* 1. §. *si apud, infr. dep.* scriptum est, uno electo, ita liberari alterum, si conventus solverit: in bonæ fidei iudiciis scriptum esse constat. Nam horum locorum in priore agitur de re duobus commodata; in posteriore de re apud duos deposita. Quod attinet ad *L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1: agitur in ea de re legata a duobus heredibus ita, ut duo rei eiusdem pecuniæ fuerint. Legata propemodum bonæ fidei iudiciis comparantur *L. in minorum, C. in quib. cau. in int. re. nec. non est.* quo scilicet plenius testantium voluntates exitum habeant, iuxta regulam Iuris. *L. in testamentis, infr. de reg. iur.* At de stricto iudicio hic agitur, & in *d. L. decem, de verb. obl.* agitur enim de duobus reis promittendi qui constituuntur stipulatione. Ac quæ hinc actio nascitur, eam stricti iudicii esse convenit. *L. in actionibus, in fi. iuncta L. seq. infr. de in lit. iur.* Nec alterius generis actio est, quæ nascitur adversus eum, qui interrogatus in iure, se servum occidisse confessus est; de quo scribit Paulus in *d. L. qui servum, supr. de interrog.* Nec obstat, quod in *d. L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. dicitur: si cum uno ex duobus heredibus debendi reis actum sit & solutum, alterum libe-

liberari: quasi si duo rei promittendi essent, idem iuris esset. Hoc enim eo dicitur, quia in duobus reis promittendi certo iure hoc evenit, ut unius solutione alter liberetur; sed non ideo consequens est, alio facto unius non posse alterum liberari. Differentiæ rationem si quis quærat, hæc reddi potest: quod humanius omnia & plenius æstimantur in bonæ fidei iudiciis, utpote in quibus penditur res ex æquo & bono; aliter atque in strictis iudiciis. §. *in bonæ fidei*, *Inst. de act.* Secundum quod dici potest subtilitate iuris fieri, ut uno ex duobus reis convento, alter liberetur, quasi qui conventus est, esset solus: quod huius obligationis natura exigit. Verum hanc subtilitatem in strictis iudiciis recipi posse, ut fert eorum natura: in bonæ fidei iudiciis ferri non debere, quia eorum naturæ adversetur. Sed hæc, ut locus hic Celsi intelligeretur, a me exposita sunt. Nam quod ad rem attinet, utrum id sentiat Celsus, quod dixi, quamquam rationem in eo habeat; & num etiam in eo diversa tantum, non contraria; & quamobrem non contraria veteres scripserint, supervacuum est hodie quærere post constitutionem Iustiniani, *L. ult. C. de fid.* qua, veterum dissensionibus sublatis, in universum constituit, non unius ex duobus rei conventione & electione, sed tantum solutione alterum liberari, etsi duo sint rei promittendi. Qua constitutione, una etiam hic locus & si qui sunt similes, qui petitionis liberationem statuant, emendati & sublati sunt. Quid ergo in huius loci explicatione tam multis opus fuit, alioqui, ut videtur, inutilibus? Et quæ de Seio subsidiario promissore dicta sunt, quando cum eo agi possit; quæ sit necessitas primi debitoris conveniendi, & excutiendi; quæ in discutiendis eius bonis forma servanda, valent etiam nunc omnia, & præcipuum usum obtinent hodie in fideiussoribus, mandatoribus, pignorum possessoribus conveniendis. In liberatione Titii, quam ex Seii conventione nasci hoc loco Celsus voluit, consilium fuit superiora persequi diligentius, ut loci dubitatione, & sententia plane cognita, sciremus, quid de ea parte, quantumque ex hoc loco sumendum esset: ne forte aliud, quod locus non dat, ut fit in locis obscurioribus non satis explicatis, hic anxie, & tamen frustra quæreremus. Spero etiam, ipsa per se obscuri responsi cognitio delectabit.

Ad §. Labeo ait.

Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletem dando, promissor liberari possit: quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.

Refertur hoc responsum totidem verbis in *L. illa stipulatio*, 67. §. 1. *infr. de verb. obl.* ubi locus est a me expositus.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.

AD TITULUM DIG. DE IUREIURANDO

SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE IUDICIALI.

CAPUT I.

De iureiurando duæ quæstiones: Iurisiurandi extra litem & iudicia usus, qui quidem effectum iuris habeat.

S U M M A R I A.

1. *Iurandi necessitas in contractibus nulla, & quasi contractibus.*
2. *Iurisiurandi vis in his ipsis.*

De Iureiurando duæ sunt omnino quæstiones, ad quas cogitationem & præcepta iuris referre oporteat, cum de iure iurisiurandi inter privatos agitur. Una, an quis alio postulante cogendus sit iurare de re aliqua. Altera, si quis sponte iuraverit, an servandum sit iusiurandum. Has quæstiones peperit utilitas, quæ ex his rebus percipitur. Sæpe enim accidere potest, ut nobis utile sit cogi adversarium iurare. In contractibus quidem eo, ut motus religione præstet, quod alioqui non deberet, aut non præstaret; in iis autem quæ adversus nos instituuntur, & in quibus metuimus illius affirmationem; ut religionem metuat, & potius quam peieret, omittat id quod instituit, ac nobis molestus esse desinat. Illa vero perspicua est utilitas iurisiurandi, si postquam iuratum est, ratum est iusiurandum. Sic enim eveniet, ut in contractibus nobis prosit iusiurandum alienum; in lite autem nostrum; cum & illic qui iuravit, se quid nobis præstiturum, nobis obstringatur; & hic fides nobis habeatur, steturque iuriiurando, ut hoc modo statim omni onere & molestia probationis defungamur. Hinc ergo, ut dixi, natæ illæ quæstiones duæ, quarum una est in summa de necessitate suscipiendi iurisiurandi, altera de vi & auctoritate sususcepti. De quibus aliud placuit extra litem in his, quæ consensu geruntur inter aliquos, ut in contractibus & conventionibus; aliud in lite ac iudiciis, atque his quæ geruntur adversus invitos. † In re- 1
bus contrahendis, omnique conventione, & omnino extra litem ac iudicium, nulla cuiquam necessitas iurandi imponitur in re privata, altero postulante, quantumvis postulantis intersit sibi iurari, & adversarium obstringi religione ad firmandam fidem. Certe nusquam hanc necessitatem in his caussis [1] ullo edicto aut lege impositam legimus, & merito non est imposita. Constat enim contractus, omnisque conventio consensu. *L. 1. supr. de pact.* cui contrarium est cogi quemquam facere,

1) Sane species singularis, ubi contractus iuratus fieri iubetur, habetur in *Nov.* 120. *C.* 5. *pr.* & *C.* 6. §. 1.

re, quod nolit. Itaque ut cuivis liberum est ab initio contrahere. *L. sicut, C. de obl. & act.* sic & liberum esse debet iurare. Iurabant quidem olim se iudicio sisturos rei, qui eo nomine satisdare non cogebantur, ut significat Titulus, *qui satisd. cog. supr.* non cogebantur autem, qui immobilia possidebant. *L. sciendum, eod. tit.* Sed fiebat hoc in cautione prætoria, idest, necessaria, & quæ litis ac iudicii caussa interponeretur. *L. 1. infr. de præt. stip.* Nos de his agimus, quæ extra litem & iudicium aguntur. Eadem fere quasi contractuum ratio, quæ & contractuum. Iurabat olim mater in suscipienda tutela filiorum suorum se ad secundas nuptias non venturam. Sed hanc necessitatem iurandi postea sustulit Iustinianus novella lege, unde *auth. sacramentum, C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Quæ etsi nunc maneret: tamen hæc necessitas non esset necessitas, utpote quam mater sibi imponeret non necessariam tutelam appetendo: non appetendo autem evitaret. Certe a cæteris tutoribus, qui ad tutelæ munus vocantur, nullum de tutela recte administranda 2 iusiurandum exigitur. Curatores quibusdam in caussis excepti sunt eiusdem Iustiniani constitutionibus. Etenim *Novell. ut hi qui obl. se hab. per.* a curatoribus minorum iusiurandum is exegit; sed necessitate suadente duabus in caussis. Una, si sit curator is, qui adiungatur, velut observator ei tutori aut curatori, cui cœpta administratione minor aliquid debere cœperit. *§. sed etsi quis.* Altera, si curator detur minori inopi. *§ ult.* Ab omni autem curatore furiosi, qui pater non sit, sine exceptione exigit iusiurandum. *L. ult §. etsi quidem, C. de cur. fur. L. de creationibus, vers. 1. & ult.*
2 *C. de ep. aud.* † Sed & vis iurisiurandi
3 in contractibus prope nihilo maior, si quis iuravit se quid præstiturum. Nam ita fere hic ius est, ut si conventio per se non valet, iusiurandum hanc non confirmet, ut pariat obligationem: Si valet, iusiurandum ei nihil addat. Quorum tamen utrumque quibusdam in caussis aliter observatur; sed his certis, & numero ita paucis, puta ad summum fere tribus, ut facile hæ exceptiones paucæ confirment, definitionem iuris in eam sententiam esse, quam diximus. Ac quod ad obligationem attinet, una hac in caussa obligationem ex iureiurando nasci legimus, cum alioqui sine iureiurando obligatio nulla esset, si libertus patrono iuraverit se operas, donum, munus præstaturum. *L. ut iurisiurandi, in pr. & vers. iurare, infr. de op. lib. L. si quis pro eo, infr. de fideius.* Cum autem pactio sine iureiurando valet, animadverto quidem iusiurandum ad vim pactionis aliquid adiicere, sed duabus tantum in caussis: in transactione, & in minorum contractibus. Nam in transactione, si quis iuravit se adversus transactionem nihil facturum: præterquam quod transactioni cogitur stare, quod sola conventione facere satis cogebatur: hæc etiam pœna adiicitur, ut qui contra veniendum esse putaverit, vel instituendo actionem, vel promissa non implendo, is & notetur infamia, & actione privatus, omnique commodo quod ex transactione consequebatur, hoc amplius etiam pœnam pactis insertam præstet. *L. si quis maior, C. de trans.* In contractibus autem minorum hoc valet iusiurandum, ut sive iuraverit minor se pacta servaturum, sive iuraverit se maiorem esse, quo facilius secum contraheretur: utroque modo sic obligetur iure Civili, ut & prætorio denegetur ei in integrum restitutio. Prius cautum est constitutione Frederici. *auth. sacramenta, C. si adver. vend.* Posterius in *L. 3. C. si min. se maio. dix.* Atque hæc vis est iurisiurandi in conventionibus iure civili. Alia Pontificio, quo iure hoc tribuitur iuriiurando, ut sine exceptione valeat inter contrahentes, & 4 teneat eum, qui iuravit, quod quidem fieri possit sine detrimento salutis æternæ.

(2) De iuramento tutoris, an necessarium & quid contineat, vid. Gutierrez *de tutelis & curis P. 1. C. 12. n. 30.* & seqq. Io. Bapt. Asin. *Tr. de Execut. §. 8. C. 8. & C. 133.*

(3 Fuse varieque hæc quæstio examinatur, quam nunc definire non fert institutum. Consentiunt fere Donello Duaren. *in Post. Com. hoc tit. Cap. 1.* Cuiac. 22. *Obs.* 7. Mudæ. *in §. item si 11. l. de act. n. 1.* Busius *ad L. 9. §. 1. h. tit. n. 5.* & seqq. Bronch. 2. *Ass.* 28. Fachin. 3. *Contr.* 12. Cursi. *in L. admonendi 31. h. t. P. 1. n. 12.* Marantæ *Speculi P. 6. Actu 9. de iuram. n. 34.* Rolant. *de Invocat. utriusque brachii C. 9. n. 9.* Seraphin. *Privil. iuram. 19. n. 3.* Forst. *de Pact. C. 8. pag. 227.* & seqq. Contra Forcat. *Dial. 53.* Fortun. Garcia *ad C. 1. extr. de Pact. n. 100.* & seqq. Gutierrez *de iuram. confirmat. Parte 1. C. 34. n. 1. in fin.* Sarmient. 1. *Select. interpret.* 3. Vera erit potior horum opinio, si ea solum ratione ex pacto nudo datur actio, quia non animo id deliberato initum. Verum illa ratio a multis reiicitur, vid. Frid. Martini *de iure Censuum C. 3. n. 110.* Enimvero DD. etiam illi, qui iuramento promissorio vim obligativam negant, confirmatorio tamen plus fere tribuunt vid. Corasf. *ad d. L. admonendi P. 1. n. 25.* & seqq. De cuius viribus absolutior exstat tractatus Ioan. Gutierrez *de iuram. confirmatorio.* An donatio coniugalis ita firmetur, vid. Tessaur. *Decis. 32. & 111.* Sc. Gentil. 3. *de Don. int. vir.* 25.

4) Vid. *C. debitores 6. h. t. C. quoties cordis 9 C. 1.* & *7. etc.* Num autem via actionis, an officio iudicis implorato, anne censura Ecclesiastica compellendus qui iuravit, inter nostros non convenit, vid Stich. *ad Aub. Cod. de Aeb. cred. & iurei. n. 17.* Covar. *ad C. quamvis 2. de Pact. in. 6. P. 1. §. 2. n 5.* Gutier. *de Iuram. confirmat. P. 1. Cap. 34. n. 2. & 3.* Marant. *supr. dict. n. 34* Civilis enim legislator omnia ex publica utilitate, quæ ex legum observatione, æstimans non patitur valere contra leges.

c. cum contingat. ex. de iurei. Sed si iusiurandum esset contra leges, recte putaverunt iuris auctores non esse servandum, quodcunque esset id, quod prohiberetur. *L. non dubium, C. de leg. L. iurisgentium, §. si paciscar, in fi. supr. de pact.* Indignum est enim re sacra abuti ad oppugnandas bonas leges, ad quas potius confirmandas rem sacram adhiberi oportebat. Neque vero videtur licere iudici etiam *ex verbo* (*) *Dei id iusiurandum* servare, si quis privatus ad legis auxilium & iussum revocet. Nam si Dei ordinationi resistit, qui magistratui resistit, ad Rom. 13. multo magis resistit, qui resistit bonis legibus, quæ imperant ac præsunt Magistratui, & in quibus sita est omnis potestas & auctoritas magistratus. *L. 1. & 2. supr. de legib.* Quod si iusiurandum non est contra leges; non tamen debet esse in potestate privati cuiusquam, ut sibi actionem aut retentionem sumat in re aliqua propter adversarii iusiurandum extra quam illi iure facere conceditur. Ac magnæ caussæ sunt, cur non passim hæc tribuantur ex alieno iureiurando. Nota est enim hominum levitas cum in promittendo, tum in iurando. Huc accedit, quod iusiurandum alterius rei caussa adhibetur. Non abs re igitur absurdum putaverunt veteres, alias res iureiurando confirmari, quam quæ per se idoneam causam haberent, cur essent servandæ. Grave quidem est peierare, nec unquam vir bonus, quoad salva pietate liceat, id faciet. Sed hoc cuique apud se privatim æstimandum permittendum est, ut quale sit, quod iuravit, & de ira Dei adversus contemptum eius nomen cogitet; non etiam ideo adversario postulanti 5 actio aut exceptio concedenda, quæ iure illi propter iustas caussas publice utiles non datur. Cum autem iure civili superiora constituta sint de necessitate iurandi, & vi iurisiurandi in contractibus ac negotiis gerendis: mirum videri non debet, si de iureiurando huius generis neque hoc titulo, neque alio ullo ex professo agatur. Non enim potuit hic proponi necessitas iurandi, quæ iure nulla est; nec de huius vi in universum agi, cum hæc non generi ipsi, sed certis tantum caussis, & his vix paucis tribueretur. Quam ob caussam merito fuit ad suas species hæc tractatio reiicienda. Ac ne nunc quidem de his diceremus hoc loco, nisi hoc ipsum vellemus intelligi, nullam in hoc genere istiusmodi necessitatem quærendam esse, qualem diximus: ac ne vim quidem ullam, præter eam, quæ exposita est. Simul rationem huic titulo & edicto prætoris constare: in quo cum disputatio instituatur de iureiurando, nulla tamen mentio fit istius, quod adhibetur in negotiis gerendis.

CAP.

ges. Pontificibus præcipua animarum cura, ne qua periurii occasio induceretur, A. Fab. 41. *Err. Prag.* 4 Coras. *ad d. L.* 31. *n.* 17. Garcia *ad d. C.* 1. *de pact. n.* 105. & seqq. Et hoc ius Canonom servari debere in foro quoque sæculari volunt: cum in materia hac, ceu concernente periurium & periculum animæ, Canonibus standum sit. Gutierrez *in Repet. auth. Sacram. puber. n.* 14. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 10. *n.* 215. ubi hoc securius conscientiia esse statuit, itaque crebrius pronunciatom esse refert. Confer tamen Myns. 6. *Obs.* 62. *n* 4. *&* 2. seqq. *ac not. supr. lib.* 21. *C.* 13. *N.* 15. *& passim*. Plane exsecutionem paratam non habere iuramentum promissoriom testatur ex communi, Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 2 *n.* 13. ac de contractu iurato, Gutierrez *de Iurament. confirmatorio P.* 1. *C.* 62.

5) Confer. *not. supr. lib* 21. *C.* 13 *N.* 15. Quin nec naturalem obligationem ex nudo iureiurando oriri, sunt qui statuant, ut Sichard. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 15. Cuiac. 21. *Obs.* 7. ubi iusiurandum inutile nec pro pacto cedere, ut naturalem obligationem pariat, scribit. Contra tamen Coras. *ad L. admonendi* 31. *de iurei. P.* 1. *n.* 19. & seqq. Garc. *ad C.* 2. *de pact. n.* 106. P. Greg. 50. *Synt.* 4. *n.* 7.

(*) Verbum Dei iuramenti Sanctitatem & religionem custoditam inviolatamque omnino vult. Ita enim Dominus Num. XXX *v.* 3. præcipit: *Si quis virorum . . . . se constrinxerit iuramento, non faciet irritum verbum suum, sed omne quod promisit, implebit*. Quousque autem vis & obligatio pertingat, qua quis divino Numini se obstrinxit iuramento; non utique Donelli, sed Theologorum, & in primis canonici iuris auctorum Summorum Pontificum munus est definire. Cui pontificio sive canonico iuri standum esse prudentissime monet Hilligerus *hic N.* 4. Neque vero locus ille *ad Rom.* 13. quo frequentissime Donellus abutitur, contrarius est iuri pontificio. Nam quemadmodum, ut docte atque erudite explicat Didac. Covarr. in *Cap. quamvis, de pact. in* 6. 2. *P. Relect. init. n.* 1. & seqq. *&* §. 5. *n.* 1 *& seqq.* ingenue fatemur minime servandum iuramentum, si quando interpositum sit adversus leges, quæ quid præcipiunt quod est etiam iuri naturali consentaneum; aut illi contrarium prohibent; Item quod fit adversus leges civiles, quæ aliquid iubent aut vetant propter utilitatem publicam primario, & præcipue: Ita negamus omnino, quod attinet ad iuramentum adversus illas factum, eandem esse vim atque auctoritatem Legum Civilium, quæ actum tantummodo prohibent & præcipue propter favorem privatorum. Cuiusmodi leges sunt, adversus quas urgent iuramenti vim & sanctitatem Romani Pontifices in iure Canonico. Vide, ne actum agamus, quæ disputata sunt a doctissimo Hilligero adversus Donellum *supra, Commentar. iur. Civil. Lib XXI. Cap.* 13. *N.* 14. *&* 15. & hic observata *N.* 4. Consule etiam Emmanuelem Gonzalez in *Commentar. Cap. Cum contingat, ex. de iurei. n.* 11. Petrum Gregorium *in Syntagm. iur. univ. lib.* 50. *Cap.* 5. Gutierrez in *Relect. Auth. si Sacramenta, Cod. si adv. vendit. n.* 9. *usque ad n.* 31. *& n.* 35. *ad n.* 38. Petrum Barbosa *ad tit. D. sol. Matrim. L.* 1. *P.* 2. *a n.* 61. *ad* 72.

CAP. II.

Iurisiurandi in lite & iudiciis usus, tum genera, De iureiurando Calumniæ, Testimonii, Purgationis, Iudicio sistendi caussa, litis decisionis.

SUMMARIA.

1. *Edicti & tituli de iureiurando summa.*
2. *Remedia expediendarum litium tria, & in his cur maximum, Iusiurandum:* L. 1. *exposita.*
3. *Iusiurandum deferre adversario utile, etsi periculosum.*
4. *Titulus de iureiurando cur inter res creditas.*

Sicubi ergo iure civili ulla necessitas est suscipiendi iurisiurandi, cum delatum est, aut sicubi præstitum in universum servari placet: id in lite ac iudiciis receptum est; non alibi. Et vero utraque hæc in lite & iudiciis constituta sunt. Sed neque recepta in omnibus caussis, neque in omni iureiurando, neque iisdem conditionibus. Variantur hæc pro genere iusiurandi. Proinde genera ipsa nobis distinguenda, & separatim cognoscenda sunt. Distinguntur autem hæc ex fine atque usu iurisiurandi. Iusiurandum omne in lite, ut est usus ad quem adhibetur, ita duplex est. Interponitur enim aut religionis solius inficiendæ caussa, aut [1] litis & controversiæ decidendæ gratia. Religionis inficiendæ caussa interponi dico, cum id agitur solum iureiurando, ut qui dicit quid, aut postea dicturus est, excitetur ad verum dicendum religione, & a falso deterreatur. Quod cum dicimus, statim intelligitur hoc dicere nos, quod iusiurandum huiusmodi est, etsi maxime ultro præstitum sit, tamen sola fide & religione iurantis contineri; ad ea autem, quæ iuratus dixit, confirmanda nullam vim habere: ut si hic ageretur tantum de vi, nihil esset, cur de eo interponendo laboraremus. Sed cum expediat nobis eum, qui quid dicturus est, religione teneri, ne falsum dicat: vel ob hanc caussam interest nostra quæri, num necesse sit id interponi, cum exigitur. Et placet necesse esse: veruntamen ne hoc quidem passim, aut in omni eo, quod quis dicit in iudicio: sed certis tantum in rebus, & certis tantum partibus litis. Et huius generis iusiurandum receptum est triplex in litibus; calumniæ, testimonii, & quod vulgo non male vocatur, purgationis. Iusiurandum de calumnia semper initio litis a litigatoribus & patronis ita exigitur, ut his delatum detrectare impune non liceat. *L. 2. C. de iur. prop. ca. dan. L. rem non novam, §. patroni, C. de iud.* nonnunquam & postea in certa aliqua parte litis: ut, ab eo qui iusiurandum defert, *L. iusiurandum* & ad *§. qui iusiurandum, hic:* de quo post suo loco. Testimonii veri iusiurandum similiter exigitur a testibus, priusquam dicant testimonium. *L. iurisiurandi, C. de test.* Purgationis [2] iusiurandum vocant, cum reus alioqui ab actore non convictus, tamen purgandi sui caussa iurat rem ita se habere, ut dicit. Quod paucissimis quidem in caussis; in quibusdam tamen, conditione earum caussarum ita quodammodo exigente, reus subire cogitur: quæ his fere locis occurrunt. *L. præsenti, §. sicubi, C. de his qui ad eccl. con. auth novo iure, C. de pæ. iu. qui ma. iud. L. ult. §. sin autem dubitatio, C. de iu. dom. imp. L. ult. C. de*

1) Vult. ad §. item 6 11. inst 10. I. de act. n. 8. Iudiciale interponi vel ordinandæ litis caussa, ut calumniæ, dandorum & respondendorum, testium, personarum iudicii, cautio iuratoria, &c. vel finiendæ. Ut suppletorium, in litem, decisorium, purgationis, super expensis, &c.

2) L. 4. §. 3. D. de edend. C. 1 & 2. C. inter sollicitud. 10. extr. de purgat. Can. Ita dicitur, quod per id reus suspiciones elidendo conscientiam suam purget. Cui præcipue locus in caussis arduis, civilibus & criminalibus, ubi indicia & suspicio contra reum, Beust. ad Rub. D. h. t. n. 195. & seq. & in L. admonendi 31. h. t. n. 143. & seqq. Sanxitque Elector Sax. Augustus Nov. sua 22. P. 1. quod & in civilibus, ubi gravior contra reum suspicio, ex officio iudicis deferri debeat. Eius usus in matrimonialibus crebrior. Notatque Sneidv. in § 11. I. de act. n. 32. post gl. & Panor. debere ibi reo neganti deferri, etsi actor nihil probet: declarans tamen, modo subsit aliqua suspicio vel præsumptio pro matrimonio. Ac quod et locus tunc sit, etsi concubitus non interfuerit, iudicatum refert, Mollér. ad d. Nov 22. ac seq. n. 10. De hoc iureiurando plura expetens adeat, Bargal. Lib. 4. de Dolo C. 9. Pacia. Lib. 1. de Probat. C. 30. n. 11. & seqq. C. 71. Mynf. 2. Obs. 87. Wes. Cons. 98. n 26. & seqq. P. Heig. P. 1. Q. 40. tota Rauchbar. P. 1. Q. 8. n. 75. ad seq. & P. 2. Q. 1. (ubi disquirit nunquid reus necessitate huius præstandi, suscepta probatione innocentiæ, se exsolvere possit) Forster. de Iurisd. Rom. P. 2. lege Numæ 3. p. 444. & seq ubi quoque de variis purgationum generibus antiquis tractat: de quibus, & Cuiac. Lib. 1. de Feud p. m 33. ac seq Phil. Camerar. 2. Oper. succisiv. 18. Rad. Fornei 6. Rer. quotid. 28. Io. Georg. Gœdelman. Lib. 3 de Magis C. 5. Nicol. Remig. Lib. 3. Dæmonolatria C. 9. P. Heig. P. 2. Q. 30.

C. de fid. inst. §. ut autem, Nov. ut hi qui obl. se hab. per. Cum unum aliquod ex his imponitur, necesse quidem est id præstare: sed præstitum non eam vim habet, ut aut iuranti prosit secus, quam si non iurasset, aut aliis noceat. Nam & postquam iuraverint litigatores nihil se calumniæ caussa dicere aut facere: tamen veritati locus superest in iudicio, ut & actori reum convincere, & reo actorem refellere liceat. Licet & testes quantumvis iuratos falsi coarguere. *L. ult. C. de test.* Sed nec quisquam iureiurando rei, quod ad purgationem sui deferente iudice iuravit, stare cogitur, ut declaratur in *d. auth. novo iure, C. de pæ. iud. qui mal. iud.* Ac ne in re quidem dubia id iusiurandum iurantem liberat: cum verius eum liberet etiam sine iureiurando regula iuris, quæ efficit, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare, C. de eden.* ut appareat recte dictum a nobis, hoc genus iurisiurandi iniungi solius religionis iniiciendæ caussa: cum huc spectet, ut qui iurat deterreatur a falso metu religionis, extra autem hunc metum non progrediatur. Superioribus istis generibus fortasse quis non male quartum addiderit, quod iudicio sistendi caussa a reo in ius vocato olim interdum exigebatur, ut significatur in inscriptione *tit. supr, qui sat. cog.* Nam & hoc necesse erat præstari, si quis vitare vellet, ne statim in ius duceretur. Sed præstitum non maiorem vim habuit, quam si nuda cautione idem promissum esset. Hic enim erat exitus, ut qui iuratus non stitisset iudicio, teneretur in id quod actoris interest. Nam nec teneretur aliter, qui præter cautionem dedisset fideiussores. *L. 2. §. ultim. supr. qui sat. cog.* Atqui eodem modo ageretur adversus eum, qui simpliciter quid cavisset. *L. quoties quis, infr. de ver. obl.* De his generibus nusquam uno & proprio titulo agitur: quia singula ad certas res tantum, certasque partes litis tantum pertinent. Ideo & ad illas remittuntur, ut intelligatur, quid & a iureiurando præstandum sit in singulis ad ritum & ordinem singularum. Quapropter & hoc totum genus ab his titulis de iureiurando, qui sunt in Pandectis & Codice, remotum est. Litis decidendæ caussa interponitur iusiurandum cum defertur uni ex litigatoribus de re controversa, ut vel iuret, exempli gratia, sibi deberi actor, vel reus se non debere. In hac delatione hic animus est deferentis, ut fides habeatur iuranti, ac propterea quasi re probata a lite discedatur. Et hoc iusiurandum iure duplex est. Est enim, cum nullum ob delictum adversarii, sed ob solam decisionem litis interponatur. Est, cum interponatur ob delictum seu culpam debitoris, litis quidem decidendæ caussa; sed tamen maxime, ac præcipue debitoris coercendi. Prius est, de quo tractatur hoc titulo *L. 1. hic.* De posteriore agitur titulo sequenti. Est enim id, quod appellatur in litem, cui sola caussam præbet culpa debitoris. De his ergo suo ordine agemus. Cui sola litis decisio proposita est sine delicto adversarii, id utrumque illud complexum est, de quo proposuimus, necessitatem dico, & vim iurisiurandi: ut delatum necesse sit præstare, & præstitum valeat. Utrumque tamen suis conditionibus. † Sic enim de eo cautum est edicto, 1
ut si quis iusiurandum deferat adversario, ut iuret ita esse, ut dicit: adversarius aut iurare debeat, aut habeatur pro convicto. *L. iusiurandum, & ad, §. ait, L. manifestæ, hic.* Quod si conditione delata iuraverit: placet ita ei servari iusiurandum, ac si plane probasset, quod dixit. *L. 5. in pr. §. dato, hic.* Quæ summa est edicti & iuris hac de re constituti. † Quo 2
recepto, intelligitur, quale sit, & quam verum, quod scribitur in *L. 1. hic.* 3 maximum remedium expediendarum litium in usum venisse iurisiurandi religionem. Recte maximum remedium: ut quo, si velimus, lis nobis statim, idque invito etiam adversario decidatur. Tantum enim deferamus iusiurandum adversario: statim condemnatio aut absolutio sequetur. Sit enim reus, cui defertur: si non iurat, pro convicto est; si iurat, pro absoluto habetur. Sit actor: eo iurante condemnatur reus; non iurante absolvitur. In condemnatione autem, aut absolutione rei omnis litis & controversiæ finis consistit *L. 1. infr. de re. iud.* Atque ut hoc certum remedium est litium expediendarum: ita etiam vere, ac non tantum amplificandi caussa dictum est, esse maximum per comparationem, ut intelligeretur ex omnibus aliis eiusdem generis esse maximum. Tria sunt enim remedia expediendarum litium jure civili recepta, iudicium, transactio, ius-

3) Novissimum refugium *Nov. 73. Cap. 4.* Finis omnis controversiæ ut Apost. Hebr. 6. v. 16. Et Rhadamantum olim lites iureiurando finivisse scribit Plato, *Dial. 11. de LL.* Unde Gr. [illegible] q. [illegible], idest sepimentum vel quasi [illegible], finis ac terminus controversiæ, Io. Guil. Stuck. *De script. sacror. sacrificiorumque Gentil. f. 91.* Atque de hoc decisorio iureiurando solum loquuntur *tit. D. & Cod. de iurei.* quatenus controversias inter duos pluresve eo diminuuntur, Vult. *Disc. scholast. C. 7. p. 67.*

iusiurandum. Rebus iudicatis constat stari oportere, nisi sit provocatum. *L. cum prolatis, infr. de re iud.* Idem valent transactiones. *L. non minorem, C. de transf.* Idem & iusiurandum. *L. 1. L. 2. hic.* Ita remedia hæc eiusdem rei pariter omnia: sed ex omnibus maximum, ideſt, paratissimum & expeditissimum [4], iusiurandum. Iudicium namque etsi est etiam adversus invitos: tamen longum esse solet, & multas molestias secum adiunctas habet. Transactio etsi utilis interdum, non tamen est cuivis expedita. Non enim locum habet nisi inter consentientes. Non solent autem homines facile adduci, ut de iure suo decedant. In iureiurando horum utrumque contra evenit, ut sit paratum adversus invitos, & statim rem expediat: cum delatum nemo possit detrectare, quin habeatur pro convicto: si quis autem deferente adversario iurare vult, statim possit, &
3 uno verbo. † Sane non est hoc remedium paratum, nisi ei, qui deferre velit. Videtur autem [5] periculosum ita cuiquam deferre, ut eum in sua caussa testem & iudicem facias. Quid enim si peieret? quod in hac humanæ naturæ depravatione & morum corruptione facile fieri potest. Quæ res videri poterit totum hoc remedium nobis constituere supervacuum, cum si nemo deferat, nullum sit remedium in iureiurando: non videatur autem consultum cuiquam deferre, quia non expediat. Sed non, quia parum tutum est hoc remedium, ideo est inutile. Primum deferre sæpe est necessarium. Neque enim semper veræ intentionis probationes nobis suppetunt: tum vero ut suppetant; tamen propter moras & incertitudinem iudiciorum, & propter metum improbi iudicis, aliasque multas caussas sæpe utile est rem iuriiurando committere, & fidem adversarii experiri. Certe utilius, ut statim te expedias, & omni metu ac molestia liberes, quam illa pericula iudicii, quæ dixi, cum magno temporis & rei familiaris damno subire. † Hic usus iurisiuran- 4
di cum sit, qui hoc titulo explicetur: merito quæri potest, quid titulus pertineat ad res creditas, seu ad contractus, de quibus agitur in hac parte tertia, ut sub ea atque hoc loco inseri debuerit. Et sane quatenus in iureiurando litis decisio spectatur, ad contractus iusiurandum proprie non pertinet, eoque nec proprie ad hanc partem. Ac si ad eam decisionem sine ulla conventione & contractu perveniri possect, non fuisset sub titulo rerum creditarum sine magno vitio insertus. Sed dum illum effectum iurisiurandi obtinere vult Prætor, progreditur longius, & inter cætera si quis actor postulante adversario iuraverit sibi deberi, huic eo nomine dat ex iureiurando actionem. *§. item si quis, Inst. de act.* Atque hæc ex [6] conventione est, quæ interponitur inter deferentem & eum qui iuravit. *L. sed etsi, 25. L. qui iurasse, seq. in fi. hic.* Actio igitur & obligatio ex contractu: quia ex conventione. Ita hac parte iusiurandum interpositum speciem contractus continet; ac propter partem hic totum explicatur, sine quo non poterat pars commode intelligi. Commodius tamen videatur fortassis, dum vim summam & universam rei spectamus, iusiurandum de quo hic agitur, ad probationes referri. Ideo enim vim eam obtinet, quæ illi tributa est iure, quia pro legitima probatione est, cum huius recusatio, tum eius susceptio. *L. manifestæ, L. 5. §. dato, hic.*

CAP.

4) Transactio a sola partium voluntate, sententia a mero iudicis officio. Hic autem utrumque concurrit. In sententia requiritur teſis iudiciaria, in transactione aliquid dari vel remitti oportet. Hic neutrum, ita Caroc. *de Iuram. lit. decisor.* Q. 9. *Principali n.* 2. & 3. Verum prius istud iudiciali solum convenit. Nam conventionale, cui eundem effectum adsignat, Car. Q. 1. 9. Q. *Principali n.* 10. extra iudicium præstatur.

5) Aristot. 1. *Rhet. ult. sub fin.* Homines autem mali peierare non curant. Nam qui Deos non credunt, nec periurii pœnam metuunt. Idem *Rhetor. ad Alex. C.* 18. Atque ut Iuvenal. *Sat.* 13.

Sunt qui fortunæ iam casibus omnia ponunt.
Et nullo credunt mundum rectore moveri.
Atque ideo intrepidi quæcunque altaria tangunt.

Hinc iusiurandum dictum Emplastrum æris alieni, Agell. 16. *Noct.* 7. Frequensque modus solvendi debitoribus, creditum abiurare, Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Marcill. in *L.* 12. *tab. collect. C.* 72. iunge *not. infr. C.* 11. *N.* 1.

6) Quia credere est alienam fidem sequi, quod præcipue in iureiurando spectatur, Gilken. *ad Rub. C. h. t. n.* 4. post Duar. *in Post. Com. h. t. Proœm.*

C A P. III.

Partitio edicti ac tituli, de iureiurando. De vi iurisiurandi voluntarii, seu eius quod extra iudicium iuratum est: ex edicto. Quibus conditionibus id valeat. Ac primum de conditione delata.

S U M M A R I A.

1. *Ordo & summa edicti ac tituli de iureiurando.*
2. *De vi iurisiurandi quæstio quot partibus contineatur.*
3. *Iusiurandum voluntarium, iudiciale, necessarium, quid, & cur hæc in vi iurisiurandi distinguantur.*
4. *Deferre conditionem iurisiurandi, & ferre conditionem alicui, quid.*
5. *Referre iusiurandum, quid.*

REdeo ad remedium litium expediendarum, quod in iureiurando quæri-
1 mus, & hoc titulo agitur. † Id cum, ut dixi, positum sit ex edicto in his rebus: ut necesse sit iurare, cum delatum est; & cum iuratum est, fletur iuriiurando: apparet edictum duas habere partes, totidemque esse, in quibus huius tituli tractatio versetur: easdem illas nimirum, in quas initio omnem de iureiurando quæstionem divisimus, quæ in hac specie iurisiurandi sola simul spectentur. Unam de necessitate suscipiendi; alteram de vi suscepti iurisiurandi. Sed prius edixit prætor de vi; secundo loco de necessitate. Hoc enim ordine hæ partes edicti proponuntur, & explicantur hoc titulo, ut patet ex *L.* 3. & *L. iusiurandum* & *ad*, §. *ait*, & ex tractationibus subiectis. In iis autem persequendis, quæ ad edictum pertinent, secuti sunt veteres, item & compositores iuris ordinem edicti perpetui. *L.* 2. *supr. de sta. hom.* Easdem partes & nos, eundemque ordinem in his via exponendis nunc sequemur. Nec quisquam præpollere factum putet a prætore, quod prius de vi iurisiurandi edixerit. Etsi enim natura prius est iusiurandum præstari, quam quæri, quid præstitum valeat: non tamen ideo prior est necessitas, quam vis iurisiurandi. Potest enim quis iurare volens, non coactus. Sed ut coactus quis iuret: tamen semper ordine tradendi iuris prior quæstio est de vi. Ad statuendam enim æquitatem eius necessitatis, quam prætor hoc edicto imponit, ante necesse est intelligi, iuraturo cautum esse fore, ne frustra iuret. Quod ita fit, si prius vis iurisiurandi erit posita. Alioqui iniquissimum fuerit, cogi quemquam iurare, si cum iuraverit, nihil ei prosit iusiurandum. De vi iurisiurandi hæc edicti & constitutionum ad hanc partem pertinentium summa est: iusiurandum servandum esse: & quidem ita, ut, iureiurando dato, nihil aliud quæratur, quam an iuratum sit. *L.* 5. *in pr.* & §. *dato*, *hic*. Sed hoc non simpliciter, neque quovis modo; verum ita, ut placeat iusiurandum servari certis conditionibus: & cum valebit, placeat servari certa ratione ac mo-
do. † Ita quæstio de vi iurisiurandi tri- 2
bus his locis continetur: primum ut de conditionibus, quibus iusiurandum servetur, seu quando id servandum sit: deinde de servandi modo; tum de eius effectu, qualis sit, & quam varius, quæratur. Sed hæc ita sunt, ut est genus iurisiurandi. Neque enim unum genus est etiam eius, quod ad litem decidendam solum adhibetur: nec de vi cuiusque idem servatur in omnibus. Quamobrem necessario faciendum est, ut de suprascriptis rebus ex unoquoque genere separatim statuatur: quod ita fiet, si distinctis, & notatis generibus, ordine dicetur, quid proprium sit in hac quæstione singulorum.
† Placet igitur in hac parte interesse, 3
utrum [1] iusiurandum sit voluntarium, an iudiciale, an necessarium. Cum compositoribus Pandectarum loquor, a quibus hæc nomina, ut verisimile est, nata sunt. Leguntur enim hæc in inscriptione huius tituli in Pandectis; alibi, quod sciam, apud iuris auctores non occurrunt. Ea autem vulgo sic interpretantur: ut voluntarium esse

1) Ita & Beust. ad *Rub. D. h. t.* 51. ac DD. vulgo ut *infr. C. ult.* Quamvis Pollet. 4. *Hist. fori* 13. *p.* 383. duo genera voluntarium & necessarium statuens, decurtandam censeat *d. Rub. D. h. t.* quasi verba, *sive voluntario* & seqq. adiectitia sint, quæ in correctioribus exemplaribus desint.

esse dicant, [2] quod a parte parti defertur extra iudicium: Iudiciale, quod a parte parti auctoritate iudicis defertur, iudicio instituto: Necessarium, quod iudicio quidem iam cœpto, sed a solo iudice uni parti defertur. In quas definitiones nunc non est locus inquirendi diligentius: quia an veræ sint, tunc demum intelligi potest, cum cognoverimus de necessitate aut libertate suscipiendi iurisiurandi, unde has appellationes ductas esse apparet. Nunc etsi fortasse non recte ista definirentur hoc modo, quod contra puto; tamen docendi caussa interim mihi concedi volo, eodem illo sensu his verbis uti. Ex quo in summa hoc volo intelligi, cum de vi iurisiurandi, idest, de conditionibus quibus id servandum est, tum de servandi modo, deque eius effectu quæritur, interesse, utrum iuretur de re extra iudicium, an vero iudicio cœpto; & si cœpto, iuretur: referre, utrum ex consensu ipsorum litigatorum, an vero auctoritate solius iudicis iusiurandum deferatur. Verba superiora si veteribus usurpata non sunt: at certe res fuit non minus cognita: quæ his verbis postea notata est. Sed nec minus iure hæc distincta. Nam de primo tantum genere cautum est edicto, ut exceptio, & actio, quam prætor ex iureiurando pollicetur, ostendit: de quo plura postea in Iureiurando iudiciali. Reliqua duo, etsi ex sententia edicti magna ex parte legem acceperunt: tamen acceperunt nonnihil dissimilem a primo, & bonam partem habent ex constitutionibus. De his ergo ita dicam, ut de primo dicatur plenius ex edicto, in eoque explicetur pars edicti; de duobus posterioribus ita, ut quæ communia erunt, ex primo petantur; quæ propria, in illis ea exsequamur. Quod extra iudicium iuratum est, ratum habetur ex edicto certis conditionibus: quæ partim paucis comprehensæ sunt in fragmento edicti, quod exstat in *L. 3.* & *L. ait*, partim alibi sub hoc titulo indicantur. Hæ sunt summæ quatuor, quas concurrere oporteat: Prima, si conditio iurisiurandi delata sit: Secunda, si delata ab eo, qui deferendi ius habuit: Tertia, si exinde iuratum sit, aut remissum iusiurandum, Quarta, si qui iuravit, ex conditione delata iuraverit. Ad vim ergo iurisiurandi hæc prima conditio est, si quis iuraverit, conditione delata, idque edicto expressum est in *L. 3. hic*. Est quidem id fragmentum, quod illic refertur, scriptum de reo. Sed si reus iurans non aliter tutus est, quam ista conditione: dubitari non debet, quin multo minus actori iuranti detur actio, nisi eadem ista conditio intervenerit: favorabiliores enim sunt rei, quam actores. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* quod & expressum est in *§. item si quis. Inst. de act.* & *L. actors, C. eod.* † Est autem [3] deferre conditionem iurisiurandi nihil aliud, quam deferre alicui iusiurandum. *L. 3. in pr. hic*. & deferre nihil aliud, quam postulare ab alio, ut iuret, *d. §. item si quis*: ut hæc eadem sint, conditione delata iurare, & iurare, deferente iusiurandum adversario, & iurare, adversario postulante. Deferre, seu ferre conditionem alicui, loquutio est Latinis usitata, qua significatur offerre alicui certam conditionem implendam: qua impleta, fiat id, de quo inter eum cui defertur, & deferentem erat controversia, ut ferre conditiones pacis Ciceroni est, offerre eas conditiones, quibus impletis pax fiat: non aliter. *Lib. 16. Epist. Famil. Epist. Quo in discrimine*. Ergo deferre conditionem iurisiurandi est, facere potestatem alicui iurandi hac lege, ut si iuratum sit, decisio litis sequatur. Hæc conditio adiecta edicto hanc vim habet: ut si vel reus iuraverit [4] nemine ei iusiurandum deferente, non sit servandum iusiurandum. *d. L. 3. in pr.* Et merito non est servandum. Iniquum est enim, quemquam invito adversario in re sua iudicem aut testem fieri. *L. Iulianus ait, supr. de iud. L. nullus, infr. de test.* Alioqui, inquit Ulpianus, *facilimus quisque*

2) Vid. *infr. Cap.* ..N. 1. ubi hoc refellam. Mudæ, ad §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 1. & 2. nuncupat id iusiurandum decisivum meditatæ tantum ac conceptæ, non inchoatæ litis.

3) Dicitur & inferri *L.* 28. §. *ult. D. h. t. L.* 11. & 12. *Cod. de Reb. cred.* & ab aliquo peti *L.* 34. §. 6 *h. t.* Borch. *C.* 3. *n.* 1. (& eius verbis malo more Setser. *Lib.* 8. *Cap.* 2. *n.* 4.) & adigere iusiurandum. Cuiac. 27. *Obs.* 34. Offerri autem fere dicitur, cum quis se paratum iurare dicit. Quintil. *Lib.* 5. *Inst. Orat. Cap.* 6. Offerre suum iusiurandum sine ulla conditione, fere improbum est. Pollet. 4. *Histor. fori* 13. *sub fin.*

4) Turpe quoque ac demens seipsum accusare, ut fide indignum, & firmitatem ex iuramentis adferre, ut ex Basil. *in Ps.* 14. P. Greg. 50. *Synt.* 3. *n.* 2. Suspectusque qui se ultro ingerit *L.* 25. §. 1. *de Procur.* Quare nec aliud iusiurandum propria auctoritate præstitum iurantem iuvat. Veluti si qui evocatus non comparuit, iureiurando asseveret se legitime impeditum: nihil agit, etsi id forte faciat coram tabellione, si a iudice non iniunctum sit. Vid. Beust. *ad L.* 3. *h. t. n.* 8. & *seqq.* Plane si lex vel statutum aliquo casu iuramentum deferat, eique stari debere caveat: posse tunc iurari, delatione partis vel iudicis non exspectata, docet idem ibid. *n.* 15. ex. gr. iuramentum calumniæ, &c. Enimvero etsi ultroneum iusiurandum non prosit auctori suo, potest tamen contingere, ut noceat, si eo modo adversarium decepit, ut *L.* 23. *de dolo malo*, Duar. *h. t. C.* 10. Quin etsi ita contra seipsum iuret, ipsi ceu confessio nocere potest: ita tamen ut, si diversa eius capita; adversarius illi iurisiurando innitens, id in totum recipere teneatur. Arg. *L.* 26. §. *ult. depos.* Sneidvin. *ad §. item si* 11. *I. de act. n.* 74. & *seqq.*

quę ad iusiurandum decurrens sibi exceptionem aut actionem adversus invitum comparabit. d. L. 3. ideft, alteri invito ius suum facto suo detrahet. Quod totius iuris præceptis & regulis fieri prohibetur. *L. iustitia, supr. de iust & iur. L.* 2. *supr. de his qui sunt sui, vel al. iur. L. ult. supr. de pact. L. solvendo, supr. de neg gest. L. non debet alteri, infr.*
5 *de reg. iur.* † Deferre iusiurandum intelligitur etiam [5] is, qui refert: id est, is cui cum delatum esset iusiurandum ab adversario, id ei contra refert, ideft, deferenti ita dicit: Imo tu iura ita esse, ut contendis. Hoc, inquam, qui facit, proprie referre dicitur, distinguiturque ab eo, qui primum detulit in *L. actori, C. eod.* Sed tamen & hic re vera referendo defert. Inest enim simplex in composito, ut in reddendo dare. *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* in substituendo instituere. *L. mulier, § ult. infr. de cond. inst.* ideo non fuit necesse in edicto relati iurisiurandi mentionem facere. Ac nihilominus ex verbis edicti exceptionem aut actionem habebit, qui cum ab initio detulisset, post deinde referente adversario iuravit. *d. L. actori, C. eod.*

5) Quis æque postulat referens, ut adversarius iuret Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Tametsi non desint, qui volunt, quanvis deferens a sententia ex iureiurando lata appellare nequeat, *infr. C.* 10. *N.* 10. referentem tamen posse, teste Sich. ad *L. ult. §.* 1. *C. h. tit. n.* 3 ac probant Seraphin. *Privil. iura.* 102. *n.* 14. *ac* Cacheran. *Decis.* 69. tum quod leges appellare prohibentes stricte accipiendæ, tum quia facienti actum ex necessitate magis succurritur. Defertur autem libere, refertur ex necessitate. Sed reprobat Sichar. *dict. loc. n.* 5. ac receptiorem vocat Caroc. *de Iuram. lit. Decis.* 10. *Q.* 4. *Quæst. principalis.* Etsi ipse quoque conciliet, ut prior opinio obtineat, quando quis cogitur a iudice, ut vel iuret vel referat; posterior quando sponte refert. Ast immo citra distinctionem idem de referente statuendum. Quia & is hanc viam elegit, eique placuit, ut adversarii testimonio caussa decidatur, cum ipse iurare atque ita caussam obtinere potuerit. Nec igitur audiendus, si contra proprium factum venire velit, ut *infr C.* 9. *N.* 10 Borch. *C.* 9. 15. Fachin. 9. *Contr.* 23. (quorum verba transcripsit Sect. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 10. *&* *n* 13. Sane ex *Nov Elect. Sax* 11. *p.* 1 etsi cui delatum est iuramentum, probatione ad id vitandum uti queat, non tamen item cui relatum. Eo quod hic in necessitatem iurandi ipsemet se coniiciat, ut Moller. *ibid. n.* 17. testatus ante editas constitutiones eas contra pronunciari solitum fuisse..

C A P. I V.

Qui iusiurandum deferre possint, aut non possint, ut his deferentibus iusiurandum datum servandum sit, aut non noceat.

S U M M A R I A.

1. *Tutor & procurator, filiusf. servus in re peculiari ubi recte deferant iusiurandum.*
2. *Pupillus non minus frustra defert iusiurandum sine tutoris auctoritate, quam furiosus aut prodigus.*
3. *Adolescenti deferenti quatenus non noceat iusiurandum.*
4. *Debitor in fraudem creditorum frustra defert.*

Nihil prodest iusiurandum delatum esse, nisi ab eo delatum sit, qui ius deferendi habuit. *L. tutor, §.* 1. *hic.* Quinimo nec delatum videtur, quod iure dalatum non fuit, ideft, ab eo, qui iure deferre non potuit. *L. rei, §. ult. infr. de pæ. L.* 1. *§. ult. infr. ad Tert. L.* 3. *infr. de test. tut.* ideo ut sit, qui possit deferre, secundo loco exigimus. Is potest deferre, qui [1] litis decidendæ ac remittendæ ius habet: siquidem iureiurando a lite disceditur, & quod nostrum erat, remittitur. *L.* 1. *&* 2. *hic.* In hoc numero sunt duo: Dominus rei controversæ, qui modo rerum suarum administrationem habeat; & qui in re aliena pro domino habentur. Dominos in lite voco, actorem, cuius actio aut petitio est de ea re, de qua agitur; & reum qui ea actione tenetur. Et actor reo, & reus actori recte iusiurandum defert, ut si alter altero deferente iuraverit, ratum sit iusiurandum, & continuo a lite discedatur. *L.* 1. *hic.* Quippe hoc ius dominorum est, ut moderatores sint & arbitri rei suæ. *L. in re, C. mand.* ex quo est etiam, ut paciscendo liceat unicuique iuris sui persecutionem, aut retentionem deteriorem constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Inest autem in iureiurando & conventio, & quasi quædam transactio. *d. L.* 1. *L.* 2. *L. admonendi, in fin. hic.* Sed ut dominus rerum suarum administra-

1) Nec tantum actor reo, sed etiam reus actori *L.* 28. *§. ult. L.* 29. *L.* 30. *princ. &* *§.* 1. *D. hoc tit.* vid. Duar. *in Poster. Comm. hoc tit. Cap.* 4.

ſtrationem habeat, exigimus. Parum enim intereſt in rerum adminiſtratione, utrum quis dominus non ſit rei, an vero eius rei adminiſtratio non ſit ei conceſſa. Quæ quibuſdam dominis iure adimitur: de qui-
1 bus paulo poſt. † Dominorum loco habentur, quibus rerum alienarum adminiſtratio aut tributa eſt lege, aut mandata domini voluntate. Lege, ut tutores & curatores. *L. tutor qui tutelam*, *L. vulgo*, *infr. de adm. tut.* Qua de cauſſa & hi iuſiurandum recte deferunt ut domini. *L. iuſiurandum quod ex conventione*, *§. ſi tutor*, *hic*. Domini voluntate procurator. Nihil enim intereſt, utrum ipſe dominus pro ſe quid faciat, an eius voluntate alius. *L. qua ratione*, *§. hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Ideo quod [2] procurator quoque detulit, ratum habetur, ſive is univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtineat, ſive id ipſum nominatim ei mandatum ſit, ut deferret, ſive ſit procurator in rem ſuam. *d. L. iuſiurandum quod*, *§. ult. hic*. Eodem [3] loco ſunt ſervi & filiifamilias in re peculiari, cum his peculii adminiſtratio a domino aut patre conceſſa eſt. *L. ſervus*, 20. & *duabus ſeqq. hic*. Sane inter verum dominum, & tutorem, curatoremve aut procuratorem, reliquoſque rerum alienarum adminiſtratores hoc intereſt: quod dominus, ut rei ſuæ arbiter, iuſiurandum quando videtur, & prout videtur, deferre poteſt, etiamſi rem perdat. *d. L. in re*, *C. mand.* Qua ratione & iuſiurandum a procuratore delatum ratum eſt, ſive huic mandatum ſit ſpecialiter, ut deferret, ac detulit, ſive ſit procurator in rem ſuam datus. Nam in prioris perſona ipſe dominus qui mandavit deferri, detuliſſe intelligitur. *L. 5. §. geſſiſſe*, *infr. de adm. tut. L. 1. §. ait prætor*, *infr. unde vi*. Poſterior [4] in actione ſibi mandata vi ipſa dominus eſt, uſque adeo ut in ea lite dominum excludat. *L. procuratore. in rem*, *ſupr. de procur.* In his autem, qui univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinent aut voluntate domini, ut procurator; aut lege mandatam, ut tutor vel curator, hoc ſervatur: ut iuſiurandum ita demum deferre poſſint, ſi aliæ probationes deficiant, [5] quod de tutore ſcriptum eſt in *L. tutor*, *hic*. Et recte. Quantamcunque enim [6] rerum adminiſtrationem quis habeat ſibi conceſſam, etiamſi maxime liberam; donandi tamen & perdendi ius non habet: quia utrumque pugnat cum adminiſtratione. *L. contra*, *§. ult. ſupr. de pact. L. filiusfam. infr. de donat.* Aliis autem probationibus ſuppetentibus, iuſiurandum deferre adverſario, aperte rem perdere eſt: ubi illo iurante voluntate tua rem amittas, quam de re probando ſervare potuiſſes. Extra hos [7] fruſtra quiſquam iusiurandum detulerit: quia rei tranſigendæ aut remittendæ ius non habeat. *L. nec filius*, *C. eod.* Ex quo apparet e diverſo tria genera eſſe eorum, qui iuſiurandum deferre non poſſint. Unum eorum, qui neque domini ſint, neque alienarum rerum adminiſtratores. Alterum eorum adminiſtratorum, qui in deferendo iureiurando modum adminiſtrationis excedant, puta id deferendo, cum aliæ probationes ſuppetunt. Tertium dominorum ipſorum, quibus rerum ſuarum adminiſtratio non eſt per-

2) Non autem alius procurator *L. 8. & ſeq h. t.* vid. *infr. Cap* 13. *N.* 24 & 18. & Borch. *Cap.* 3. *n.* 31. & *ſeq* quin nec defenſor municipum aut ſyndicus *L.* 34. §. 1. *h. t.* Duar. *in Poſter. Comm. h. t. Cap.* 4. *f m.* 863. Borch. *d. Cap.* 3. *n.* 35. Nec iudex admittere debet delationem, etſi adverſarius non opponat. A. Fab *C. ſuo Lib.* 4. *tit.* 1 *Deſin.* 38. Sed nec Emphyteutam ac Vaſallum deferre poſſe, cum libera adminiſtratione careant, ſcribit Caroc. Q. 14. 13. Q. *principalis*. Quod vix probandum, quatenus ipſorummet præiudicium vertitur.

3) Vid. Borch *Cap.* 3 *n.* 36. *ac ſeqq* Ubi quidam & de peculio actionem dandam *d L* 22 *hoc tit.* Proculiani ſcilicet: eum Sabiniani contra, quorum ſententia obtinuit *L.* 5. §. 2. *de pecul* Ita Cuiac. 8. *Obſ.* 11. Melius Pac. 3. *Enant.* Q. 84. *d.* §. 2. accipit de iureiurando in iudicio; *d. L.* 22 de extra iudicium delato.

4) Et hic quidem magis in propria cauſſa defert. Imaginaria enim ſolum Procuratores in rem ſuam conſtitutio & a iuris auctoribus inventa. Duar. *Poſt. Comm. h t. C.* 4 *fol.* 867 Confer. *ſupr. Lib.* 18. *Cap.* 13. *N.* 6. In alio autem ſpeciale mandatum requiritur Caroc. Q. 9. 13 Q. *principalis* ubi *n.* 20. idem, ſi incidenter iurandum. Sed ſi dominus præſens, id non requiri, *ibid. n.* 11. Requiritur autem ad id, ut domino obſit delatio, ſecutus ut proſit. Arg. *L.* 9. §. 6. *h t.* Sneidvin. *in* §. 11. *I. de act.* n 103. Caroc. *d. loc. n.* 13 Quare ſi a Procuratore alio delatum iuſiurandum ei relatum ſit, iſque iuraverit: præſtitum iuramentum proderit domino.

5) Ut metu divini Numinis tutor veritatem extorqueat ab eo qui alioquin in eo eſt, ut abſolvatur Cuiac. 22. *Obſ.* 28. add. Anton Fab. C. *ſuo Lib* 4. *tit.* 1 *Deſinit.* 20. Et hoc caſu ratum eſt quoque iuſiurandum a tutore delatum, etſi de prædio, quod alienari nequit ſine decreto, delatum, modo iudicio deferatur, iudice auctore. Duar *h. t Cap.* 10 Curatores mulierum in litem iure Saxonico, quia procuratoribus litis ſive negocii, non autem univerſorum bonorum ſimiles, nec libera eis adminiſtratio Inde ſine ſpeciali mandato, nec eos deferre iudicatum refert Rauchbar. *P.* 1. Q. 8. *n.* 4. & *ſeqq.*

6) Et ſi generaliter datus Procurator tranſigere nequit, utique nec deferre iuſiurandum, niſi in cauſſa dubia, non ſuppetente probatione, Duar. *Poſt. Comm h t. Cap.* 4. *fol mihi* 863 Quid ſi procurator cum libera? Hunc libere deferre, Caroc Q. 6 13 Q. *principalis n.* 1 & Q. 9. *n* 4. quia habeat vim ſpecialis mandati, id tamen *n.* 5. reſtringit, niſi inde ingens damnum, & *n.* 7. niſi debitum liquidum Ibid. *n.* 2 Procuratorem univerſitatis ita deferre, quia intelligatur ſemper, cum libera. Quod tamen *L.* 34. §. 1. *h. t.* refellit. Et in eo quoque requiri ſpeciale mandatum Loſæ. *de Iur. univerſit. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 76.

7) Et nec ſi cauſſam coniuncti quis agat vel defendat, uti poteſt, hoc iuſiurandum deferre ei licet, nec ſi de rato caveat, quia ea non poteſt coniunctus, quæ ſpeciale mandatum requirunt ut *ſupr. Lib.* 18. *Cap.* 12. *N.* 12 Nec coheredum quidam, aliis inſciis vel invitis, deferre poſſunt, etſi de rato caveant, Ant. Fab. C. *ſuo Lib.* 4. *tit.* 1. *Deſinit.* 21.

permissa: quo in numero sunt furiosi, pupilli, prodigi. *L. in negotiis, infr. de reg. iur. L. iusiurandum quod*, §. 1. *hic. L. obligari, infr. de auct. tut. L.* 1. *L. Iulianus, infr. de cur. fur.* Sed & minores viginti quinque annis. *L.* 1. *in fin. supr. de min.* omnesque omnino, qui rebus suis superesse non possunt, eoque & curatores accipiunt, ut muti, surdi, cæci. *L.* 2. *infr. de cur. fur. L. ult. infr. de bon. poss. fur. inf.* item is, qui solvendo non est, si in fraudem creditorum deferat. *L. nam postea*, §. *sed etsi, hic.* Sed inter hos in hac specie, ut & in aliis multum interest. Nam furiosus plane nullum negotium gerere potest, eoque nec iusiurandum deferre, quantumvis curatoris aut tutoris auctoritas accesserit. *L. in negotiis, de reg. iur.* In eadem caussa est prodigus. *L. tutor*, §. 1. *hic. L. furiosi, de reg. iur.* Pupillus autem omnia negotia tutore auctore agere potest. *d. L. in negotiis, de reg. iur.* proinde & deferre iusiurandum; sine tutoris autem auctoritate frustra defert. *L. iusiurandum quod*, §. 1.
2 *hic.* † Sed & hic distat pupillus a minoribus viginti quinque annis. Nam pupillo [8] iusiurandum deferente, sine tutore auctore, puto etiam ipso iure non nocere ei iusiurandum, sive cum convenitur, id deferat actori, sive cum agit, id deferat reo. Pupillus enim in totum sine tutoris auctoritate deteriorem conditionem suam facere non potest; ut nec possit se obligando, nec actionem quam prius habuit, remittendo. *L. obligari, infr. de auct. tut. Inst. eod.* Cui consequens est, ut, si pupillo agente & iusiurandum deferente, reus iuraverit se dare non oportere: liceat pupillo quandoque de eadem re iterum agere ita: ut si fateatur reus actorem tum pupillum fuisse, cum iusiurandum detulit, & detulisse sine tutoris auctoritate, nulla [9] exceptio reo danda sit, sed ita in eum actio danda, quasi omnino iuratum non esset, ut accidit, cum quid lege prohibente factum est. *L. non dubium, C. de legib.* Et hoc est, quod dicitur in *L.* 2. §. 1. *infr. quar. rer. act. non dat.* Si pupillus sine tutoris auctoritate detulerit iusiurandum, ei non obstare exceptionem istam. Quæ res facit, ut adversus exceptionem quæ nulla est, non sit necessaria agenti in factum replicatio. Et tamen in *d. L. iusiurandum quod*, §. 1. *hic.* contrarium scriptum videtur. Sic enim verba sunt: *quod si pupillus sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit, sed replicabitur.* Sed hoc in re controversa locum habet, si forte reus contendat, actorem aut non fuisse pupillum, cum deferebat, aut detulisse tutore auctore. *arg. L. nam postea, in pr. hic.* † Minorum 3
viginti quinque annis non nihil diversa caussa est: [10] Si curatorem habent, in eadem caussa cum pupillis habentur. *L.* 3. *C. de in integ. rest. min.* Si non habent, delatum ab his iusiurandum ipso iure illis nocet: sed adversus exceptionem iurisiurandi replicatio danda est. *L. nam postea.* §. *si minor, hic.* Sed hæc ita danda, [11] ut placeat minorem prius in integrum restitui debere, ut ibidem scriptum est. Unde & illud simul exigitur, ut ita detur in hac spe-

8) Confirmare videtur *L.* 4. *Cod. de rebus credit.* ubi delatio tutori facta a pupillo nullius effectus. Dicitur illic reus qui fuit, nam durante tutela agi nequit. Finita autem ibi intelligitur non pubertate, sed alia caussa vel adiecti temporis lapsu aut conditionis eventu vel suspecti remotione, ut Donell. *ibid. n.* 6. *&* Gilken. *n.* 3. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 14. *&* Borch. *Cap.* 3. *n.* 30. (cuius verba largiter pro suis usurpat, Setser. *Lib.* 4. *C.* 2. *n.* 27. suum obtinens.)

9) Diss. Borch. *Cap.* 3. *n.* 12. & seqq. (& ex eo transcriptor, Setser. *d. Cap.* 2. *n.* 18. & seq.) sentiens exceptionem dari ex iureiurando a pupillo solo delato, propter vim & maiestatem religionis. Sed elidi id replicatione in factum *d.* §. 1. quia ius deferendi non habuerit pupillus. Sich. ad *L.* 4. *C. de Reb. cred. n.* 7. sic: Pupillus solus aut defert tutori, qui fuit, ac ipso iure non valet *d. L.* 4. aut alii. Et vel iudex non approbat, ac idem est *d. L.* 2. §. 1. *Quar. rer. act.* vel approbat in iudicio, & tunc vel tendit ad obligandum, ac ipso iure non tenet *d. L.* 1. vel ad liberandum interpositum & ipso iure valet *d. L.* 17. §. 1. Quod si tutore auctore detulit pupillus, ac læsus: restituitur in integrum *L.* 2. *C. si tut. vel cur. interven.* Nec obstat quod iuramentum est loco solutionis. Solutio autem accedente tutore liberat: Illud enim obtinet in quibus par ratio. Hic evidens disparitas, cum is cui iuratum est pupillus nihil accipiat, uti cui solutum est.

10) Ita & noster ad *L.* 4. *C. h. n.* 11. ac Beust. in *L.* 9. §. 4. *h. t. n.* 2. Duaren. in *Poster. Comm. h. t. Cap.* 4. firmare hoc nitens ex *L. acta* 45. §. *ult. de re iud. L. in universis* 11. *C. Qui dare tutor. &* Gœdd. *ad L.* 21. *de V. S. n.* 11. Contra Bronch. 1. *Misc. As.* 56. Borch. *Cap.* 3. *n.* 27. Et hic dilationem puberis huius ipso iure ratam esse, ex *L.* 9. §. 4. *h. t.* sic probat Setser. *Lib.* 4. *de Iuram.* 2. *n.* 25. Quod curatorem habuerit minor. *d.* §. 4. constat inde, quod iusiurandum detulit in lite. Lis autem minoris nulla sine curatore. Quod autem sine curatore detulerit, probatur: quia Pomponius putavit cum effectu non obstare exceptionem. Quæ utique obstaret, curatore interveniente. Verum hæc Pomponii sententia non probatur, nisi impetrata restitutione. Ita Setser. Quæ displicent. Nam immo si in iudicio delatum intelligitur *d.* §. 4. necesse est delatum sit, Curatore auctore. In iudicio enim minor nihil agit sine curatore ad litem dato, quæ datur etiam invito ut liti adsit. Et in iudiciali igitur iuramento opinio prior obtinet, quod & LL. a Duareno adductæ probant. Cæterum in iuramento conventionali (de quo hic Donellus & magis videtur de eo loqui *d.* §. 4.) puto dilationem ratam esse sine curatore, quem habet minor: quia eorum opinioni accedo, qui minorem sine hoc obligari sentiunt, Vid. *supr. Lib.* 12. *Cap.* 22. *N.* 7. Et quoad hoc recipio rationem illam. Puberi solvi potest sine curatore, Iusiurandum est pro solutione *L.* 20. & seq. *h. t.* Licet si quis dissenserit, ad hanc rationem facile paratam habeat responsionem.

11) Etsi enim contra præstationem iurisiurando minor non restituatur *L.* 1. *& Auth. Sacramenta puberum*, C. *si adv. vend.* delationis tamen alia ratio. Illic virtute iurisiurandum habetur minor pro maiore; hic non æque. Beust. ad *d. L.* 9. §. 4. *n.* 4. *&* Gail. 2. *Obs.* 41. *n.* 11.

ſpecie replicatio, ſi minor in iureiurando deferendo captus ſit. Hac enim lege ſubvenitur minoribus. *L. verum*, *§. ſciendum*; *ſupr. de min.* Id ita in hac re videtur fieri, ſi cum aliæ probationes, aut aliqua ratio iuris ſui tenendi minori ſuppeteret: maluerit iuſiurandum deferre. *L. non omnia*, *ſupr. de min.* Nam alioqui ſi omnibus probationibus deficientibus iuſiurandum detulit, fecit, quod quivis bonus paterfamilias in eadem cauſſa faceret. Unde & idem a tutore factum, ut recte & ex fide officii factum admittitur. *L. tutor*, *in pr. hic.* Quam ob cauſſam qui ita detulit, non eſt captus. *d. L. verum*, *§. ſciendum*, *de min.* Sed & reſtitutio, quam hic intervenire debere dicimus, hoc adfert, ut replicatio illa non niſi intra tempora reſtitutioni præſtita competat. *d. L. nam poſtea*, *§. ſi minor. tot. tit. C. de temp. integr. reſt.* † Exemplo minorum & quod debitor quamvis 10 fraudem creditorum iuſiurandum detulit, ipſo 4 iure ratum eſt: ſed adverſus exceptionem iuriſiurandi replicatio fraudis creditoribus dabitur. Itemque ſi fraudator debitor detulerit creditori, ut iuret ſibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum. Hæc in *d. L. nam poſtea*, *§. ſed etſi*, *hic.* denegatur actio fraudem confitenti: aut ſi de fraude controverſia eſt, ſie illi datur actio, ut exceptio opponatur, ut eſt *in pr. d. L. nam poſtea.*

C A P. V.

De hac conditione tertia, ſi iuraverit, aut remiſſum ſit iuſiurandum.

S U M M A R I A.

1. *Iurare & iuſiurandum, quid.*
2. *Sacramentum.*
3. *Illicitum iuſiurandum quamvis adverſarius detulerit, non ſervandum.*
4. *Remittere iuſiurandum, quid.*
5. *Remiſſum cur pro præſtito habeatur.*

TErtia conditio erat, ſi is, cui iuſiurandum delatum eſt, iuraverit, aut remiſſum ſit ei iuſiurandum. Nulla remiſſione interveniente, ut iuraverit, edictum exigit. *L. 3. hic*, *§. item ſi quis*, *Inſt. de act.* Conditio partim neceſſaria, ut intelligatur, qua de re caveat prætor, & quam ſe hic ſervaturum polliceatur: partim utilis ad commonefaciendum de ſententia prætoris; ut eum audimus, quod hic tribuitur, tribui hac lege, ſi quis delato iureiurando iuraverit; ſciamus id non pertinere ad eum, qui delatum iuſiurandum ſuſcepit, neque iuravit. De quo tamen interdum poteſt eſſe iuſta dubitatio. Quid enim, ſi is qui delatum iuſiurandum ſuſceperat, cum paratus eſſet iurare, [1] non potuerit: puta ad iurandum veniens in itinere deceſſerit; aut caſu aliquo prohibitus fuerit, quominus iuraret? Et ſuperior conditio nos admonet, quandiu is qui detulit, volet ſibi iurari, nihil prodeſſe adverſario voluntatem ſuſcepti iuriſiurandi, ut quaſi vera dixerit, ita edicto defendatur niſi iuraverit, ut ſuſcepit; quocunque tandem caſu factum ſit, ne iuraret. † Iuratum ſic accipiemus, non ſi 1 quovis modo, aut quavis ſuperſtitione quid affirmatum ſit, ſed ut vis verbi poſtulat, religioſe. Eſt enim iuſiurandum auctore Cice-

1) Quare iuriſiurandi a parte diverſa extra iudicium, vel in eo delati, præſtandi facultas non tranſit ad heredem *L. 12. princ.* ibi, cum multum diſcrepet iuramentum hereditatium *C. h. tit.* cum non huius, ſed defuncti fides electa ſit, ac ſæpe viro bono heres improbus ac levis, qui nec fere facti alieni veram notitiam habet, unde anceps periurii periculum Menoch. *1. Arb. Quæſt.* 68. *n.* 30. *Tiraquell. de Præſcript.* *§. 2. Gloſſ. un.* Sneidvin. *ad §. item ſi 11. I. de act. n.* 109. Gilken. *ad L. 12. princ. C. hoc tit. n.* 7. Borch. *Cap.* 7. *n.* 32. Coraſ. *ad L. in actionibus ç. de in lit. iurand. n.* 29. Caroc. *Q.* 5. 9. *Q. principalis n.* 80. Seraphin. *Privil. iuram.* 68. Beuſt. *ad Rub. D. h. tit. n.* 66. Toming. *Deciſ.* 45. *n.* 7. Coler. *Deciſ.* 116. Wehner. *Obſ. pract. de V. S. v. Vuiſſenſchafft und Vuolbevvuſt* & citati a Moller. ad *Novell. Elect. Saxon.* 24. *Part.* 1. *n.* 3. Iure harum regionum ex *d. Novell.* 24. ſi ſententia de præſtando iureiurando lata, ac intra diem præſtitum is cui delatum eſt, citra recuſationem diem functus: ad iuramentum credulitatis heredes admittuntur. Quod & iuri Saxonico veteri convenire ſtatuit Coler. *d. Deciſ.* 116. *per text.* Land. *Lib.* 3. *Artic.* 11. Zobel. *Part.* 1. *Diff.* 29. Sneidvin. *d. loc.* Contra Toming. *d. Deciſ.* 45. Iunge *not. infr. Cap.* 13. *N.* 20. Quin & Ant. Fab. *C. ſuo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 32. ſi iurare paratus deceſſit, iuſiurandum pro præſtito eſſe; ſecus ſi per eum mora facta in iurando, aut deliberando. Sicuti & Gail. 2. *Obſ.* 43. iuramento a defuncto oblato nec præſtito, mortem ipſam vim iuramenti habere, cum ſalutis ſuæ immemor deceſſiſſe non cenſeatur. Sed loquitur hic de iuramento in litem, cuius alia opinor, quam huius, quod ex conventione præſtari debet & partium conſenſu, ratio vid. not. *infr. Cap.* 11. *N.* 22. *ibi*; *III. Notitia rei*, *&c.*

Cicerone *lib.* 3. *de offic.* [2] affirmatio religiosa. Nec aliter nostri accipiunt. Hinc tot locis [3] iurisiurandi religio legitur, ut *L.* 1. *L. sed & servus*, *& alibi*, *hic*.
2 † Inde & [4] sacramenti verbum posterioribus Imperatoribus pro iureiurando: quod quæ religiosa affirmatio esset, eadem esset & sacra: iusiurandum autem religiosam affirmationem esse intelligerent. *L. actori*, *L. si quis*, *L. pen. & ult. C. eod.* sic autem religiosa est & sacra affirmatio, si ita quis iuret, ut Deus in verbo suo præ-

2) Quam definitionem maxime, sibi placere scribit Vultei. ad §. *item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 5. *&* *Misc. scholast. Cap.* 7. *Initio.* Cuiac. *ad Cap. etsi* 26. extra hoc *tit.* præ omnibus sibi probari illam: Confirmatio veritatis. Quæ tamen omnium minime proba. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 4. *n.* 1. Affirmatio vel negatio sacræ rei attestatione firmata. Verum & posteriora solum declarant vim voculæ *religiosa*. Et affirmationia verbo negatio quoque contineri potest, sicuti in definitione pacti, verbo dandi faciendi, etiam non facere non dare Wesenbec. *Par. D. de Pact.* a. 2. Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect. pr. n.* 1. Invocatio numinis divini in testimonium. Martin. Benckendorff. *in Addit. ad præfat. Seraphini de Privileg. iuram. n.* 18. Assumptio nominis Divini, ad confirmandam fidem proferentis. Sed & varias definitiones refert Iacob. Ebert. *Tract. Ethico de Iuram. tit. de definit. p.* 19. *& seq.* Qui *pag.* 23. sic. Assertio rei legitimæ, in cuius maiorem fidem ac confirmationem Deus ipse testis vocatur, & iurans ultro se obligat ad pœnas exitii æterni, si fallat. Et hæc iuriiurando in genere conveniunt. In specie autem proposita Cuiac. *in Nov.* 90. & ad *L.* 1. *C. h. t.* ac Borch. *h. Tr. Cap.* 1. *n.* 12. probat Clementis Alexandrini definitionem. Certa litis definitio cum obtestatione divina. Verum sibi hic quisque sapiat, neque nimium de his curandum. Sane omne iusiurandum verba necessario exigit *Novel.* 17. *Cap.* 6. *Cap. etsi* 26. *Cap pen. extra h. t.* Ac etsi per litteras interponi possit, ut Wesenbec. *Consil.* 52. *n.* 18. *in fin.* id ita intelligit Gœd. *de Contr. stipulat. Prolegom. n.* 16. ut quod voce prolatum scripturæ mandetur exemplo stipulationis, quæ ita scriptis fit. Verum quicquid hic nostri varie sentiant, verba enim requiri negant Covar. in *d. Cap.* 2. *Part.* 1. *princ. n* 5. Fachinæ. 3. *Contr.* 8. Borch. *Cap.* 1. *n.* 27. *& seq.* Et Caroc. *Quæst.* 11. 13. *Quæst. principalis.* Ioan. Bapt. Asin. *de Exsecut.* § *Cap.* 8. 11. tunc requiri verba, quando loqui possunt uterque, alias etiam nutu deferri, Contra affirmans Gœd. *d. loc.* Cypræ. *de Sponsal. Cap.* 14. §. 26. a. 3. Media via insistendo distinguo inter conceptionem verborum, quæ propria, ac de substantia cuiusvis iuramenti; ac prolationem, quæ voce fit, ac non necessaria. Quid enim si convenerit, exempli gratia, ut maioris fidei gratia syngrapham iuratam mihi mitteres, tuque eam me absente conscripseris, & mihi miseris; numquid Ideo minus religione sacramenti adstringeris? Sic ubi mutus surdus literas callet, si verba formulæ iurandi animo perlegat, etsi lingua proferre nequeat; si & appareat quod iurato se obstringi velit, nihilo minus iurabit Deum καρδιογνώστην in testem invocando, animi mente, exterioribus quoque signis, ei cui præbet iusiurandum testata, &c.

3) *L.* 4. §. 1. *de in lit. iur. L.* 21. *in fin. de dolo L.* 8. *princ. de condit. institut.* Quæ religio monet, tum ut inviolate sancteque præbeatur ac servetur, tum ne temeraria levitate ad iurandum quis prosiliat. Nam ipse Imperator multam sibi formidinem esse testatur, ne facile iusiurandum per magnum Deum detur *Nov* 94 *Cap* 2. Et Ethnicus licet Quint. *Lib.* 9. iurare, nisi ubi necesse est, gravi viro parum convenit. Qua de temeritate ac proclivitate accipienda verba Servatoris *Matth.* 5. *v.* 34. & seqq. & Iacobi Apostoli *Cap.* 5. *n* 12. In quæ nimium delinquunt, qui in quotidiano ac familiari sermone, ad alterum pene verbum, ex perversa & improba assuetudine obtestationem divini nominis adiiciunt. De qua levitate vitanda, vid. *Ecclesiast.* 23. *&* 27. Vercellensis, vel quisquis Auctor *Lib. de Unit. Ecclesiæ Christ. fol.* 4. *in Syntax. Tract. de iurisdict. Imp.* Sim. Scardii, Covar. *in Cap.* 2. *de Pact. P.* 1. §. 6. *n.* 8. & seq. Iacob. Ebert. *Tr. Ethico de Iuram. tit. de Speciob. iuram. p.* 24. Rittershus. *Com. ad. Salvian. p.* 139. Conrad. Heresbach. *Epitom. Christianæ Iurispr. Editio III. Præcepti* 52. Quo respiciunt illa Gregor. Nazianz. in Tetrastich. ὅρκος δὲ φεῦγε πάντα. Et in distich. ὅρκον κάκιστον δοῦναι καὶ λαμβάνειν ἴσον· τὸ ἀμφὶ προσλαμβάνει τὴν δίκην, Iusiurandum pessimum est, dare & accipere. Forte enim ambobus offendisti iustitiam. Neuóquam vero usus iurisiurandi legitimus illo præcepto Christi tollitur. Quin ipse præpotens Deus in re dubia eo confugere præcipit *Exo.* 22 *v.* 8. *&* 11. *Deut.* 6. *v.* 13. *&* *Deut.* 10. *v.* 20. Idemque usu & Ipsiusmet Servatoris & Apostolorum eiusdem exemplis adstrictus Rom. 1. *v.* 9. 2. Corinth. 1. *v.* 13. *&* *Cap.* 11. *v.* 31. Philipp. 1. *v.* 8. 1. Thessal. 2. *v.* 5. *&* 10. *&c.* ut & in V. Testamento. Gen. 21. *v.* 24. *Iosua* 9. *v* 15. 1. *Reg.* 24. *v.* 22. *&c.* Et Leo quidem Imp. *Nov. sua* 97. iussum illum *Matth.* 5. *v.* 34. perfectionis esse vult, non ad moderanda communis vitæ negocia promulgatum. Coiusmodi & illa *Matth.* 6. *v.* 25. Ne sitis solliciti, quid esuri sitis &c. Quod reprobat Borch. *Cap.* 1 *n.* 1. quia sacræ litteræ omnibus etiam perfectioribus concedunt iurare. Ac ut Heresbach. *d. Editio III. p.* 73. non loquitur Christus de ordine Politico, sed de legis interpretatione. Et sicuti non tollit legitimam defensionem, dum dicit: Malo non resistes, ita nec vetat iuramenta legitima lege Dei & politico ordine sancita, cum opus sit præstare. Accidit quod verba: *Sermo vester, ὁ λόγος ὑμῶν d. Cap.* 5. *v.* 37. arguant de Sacramentis assuetæ levitatis, in communi usu vitæ eum loqui; non quorum in dirimendis litibus usus est. In hac quippe hominum mutua diffidentia haud facile nudæ assertioni in rebus maioris momenti, præcipue ubi asserentis commodum vertitur, fides habetur. Ac Hesiod. quidem in *Theogonia* fingit iusiurandum ex Eride natum. Si mores hominum plane integri, non modo iuramenta, sed nec LL. plerisque, legum certe pœnis non opus esset. Ast, ut illi ferunt, adhibenda religio sacramenti, qua ad verum dicendum fidemve servandam arctius adigantur. Pluribus hunc verum usum iuramentorum firmant Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 6 Bronch 1. *Misc.* 58. Obrecht. *de Iuram. calum. Cap.* 1. *n.* 31. & seq. Dominic. Soto *Lib.* 8 *de Iust. & iure Quæst.* 1. *Art.* 2. Iacob. Ebert. *Tr. Eth de Iuram. Quæst. anne iurare liceat pag.* 79. *& seqq.* Watomund. ab Erneb. *Meditam. pro fœneribus Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 318. & seq.

4) *Auth. Sacramenta C. si adv. vend.* sic sacramenta militiæ *L.* 2. §. 3. *de his qui not. inf. L.* 14. *de his qui ut indig. L.* 11. *pr. de adulter. L.* 13. §. 3. *L. ult. de re milit. L.* 2. *de Veteran.* vel quod res sacra cum Deo fiat. Fortun. Garcia in *Cap.* 1. *de pact n* 114. *pag.* 1108. rei sacræ arctissimum vinculum, nullo modo ludendum, Oisen. *Cl.* 1. *Act.* 9. *initio* Obrecht. *de Iuram. Cal. Cap.* 1. *n.* 9. Vel quia sacro testimonio fides fit, & iurans se consecrat ad pœnas, si fallat Iacob. Ebert. *Tr. Eth. de Iuram. tit. de vocab. Lorinit*, per locum *Cic.* 7. *Ep. fam.* 32. Et ita Duar. in *Prior. Comm. h. tit. Cap.* 1. Qui iurat, devovere se, ac quasi sacrare ac ultioni divinæ subiicere intelligitur, si sciens fallat. Et in *Post. Comm. Cap.* 1. nam, ait, iurare est devovere & sacrare, quia aliquid inest sacri. Sacer enim Romanis dictus, cuius corpus Deo cuidam, inferorum præsertim devovebant, ut impune occidi posset, Vid. Revard. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 4. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 15. Fopp. ab Aetema 1. *Dissert.* 3. Et Synonima nunc iusiurandum & sacramentum, Covar. ad *Cap.* 2. *de pact. in* 6. *pr. n.* 2. Etsi veteribus ut, Varro 2. *de ling. Lat.* Sacramentum quoque pro pecunia quæ in æde Sacra a litigantibus deponebatur Pithoe. 1. *Advers. Subsecin.* 18. Forst. *de Iurisdict. Rom. P.* 2. *Lege Numa* 3. *n.* 113. Iurare vero *a iure* quod id quod iuratur pro lege & iure habendum, sancteque veluti ius, servandum sit Covar. ad *d. C.* 2. *P.* 1. *princ. n.* 2. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Iust. & Iure Quæst.* 1. *Art.* 1. Non tamen iuramentum, quasi iuris adstringimentum ut Panormit. *in Rub. Extr. h. t. &* Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 4. nec a iure mentis quod obligatio in mente oriatur, nec a iure manente, sed a iurando simpliciter, sicuti libamentum lenimentum &c. Iusiurandum autem quasi Iovisiurandum dici vult Lipf. 1. *Elect.* 18. *p.* 567. Ex loco Apulei *de Deo Socratis* a se emendato, Sane & Iovis antiquitus, qui hodie Iupiter, Paul Merula *Comm. in Lib.* 1. *Annal. Ennii p.* 245. Verum inflexio resistit iurisiurandi &c. Dicitur & iurandum pro iusiurando Plaut. *Cistell.* Terent. *And.* Auson. Popma de *Usu Antiq. locut. Cap.* 7. Et ita accipitur in versu Ennii *apud Cic.*

præscribit, idest, aut Deum testem invocando, s aut in se & salutem suam quid comprecando, ni ita sit, ut dicitur. Nam & hoc posteriore modo petitur, ut Deus sit vindex. In quam sententiam conveniunt exempla *L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. in pr. hic.* Summa autem est, ut iuretur per Deum, seu ut Deus ut testis aut vindex

Cicero. 3. Off. Iurandum Iovis, idest, Iovem lapidem. Cæterum Vult. *Disc. schol. 7. p. 70.* ex usu iuris differre vult Iuramentum quod super re non controversa interponitur & iusiurandum super re controversa: eo quod hic decidantur merito caussæ, seu quid iuris sit, ut quia de iure suo iuret. Sed eam differentiam non semper servari, per *L. pen. C. h. t.* Atque ita non differre. Hæc Beust. ad *Rub. D. hoc tit. n. 29.* De variis iurisiurandi appellationibus Latinis & Græcis Io. Guil. Stuckius *Descript. Sacror. & sacrif. gentil. fol. 95. & sequentib.* Iacob. Ebert. *Tr. de Iuram.* qui & de Hebræis, Chaldæis, Syriacis. Vernacula *Eide* quasi *Einde* unitum scilicet cum eo qui solus vere unus est, ut ex Gorop. *Lib. 4. Hermathena* Ebert. *dict. loc.* item *Schwuehr* ac *Schwuchrom* a gravitate & onere quia res periculosa & difficilis. Ebert. *d. loc.* Io. Guil. Stuckius *Descript. Sacror. Sacrificiorumque gentil. fol. 92.*

s) Ita Duar. *in Prior. Comm. h. tit. Cap. 11.* non omnino improbandum in quo non expresse invocatur nomen Dei, cum respectu Divini Numinis iuratur *L. 33. h. tit.* Sic enim Ioseph per vitam & salutem Pharaonis. *Genes. 42. vers. 15.* ac plerique sancti patres eodem modo iurasse leguntur. Et in *Post. Com. Cap. 4. fol. 264.* Qui per salutem respectu Numinis iurat, ita se subiicit ultioni divinæ, ea qua sua salus pendet, cuique eam devovet, si sciens fallat. Atque ita in *Synopsi Basil. lib. 22. t. 5. Cap. 30.* ὁ κατὰ τῆς ἰδίας σωτηρίας ὀμνὺς δοκεῖ ὀμνύναι κατὰ τοῦ Θεοῦ. Qui per salutem suam iurat, videtur per Deum iurare. Sic Urias *2. Reg. 11. v. 11.* per salutem Davidis & suam, etsi a levitate Chaldæorum aliorumque gentilium id tractum putet Iacob. Ebertus *Tr. Ethica de iuramentis p. 44.* Et Paulus Apostolus *Rom. 1. vers. 9.* per veritatem & conscientiam suam iurat ac *2. Corinth. 2.* initio per animam suam. Frequenique veteribus ut per salutem, item caput suum, vel liberorum suorum iurarent *d. L. 3. §. ult. L. 4. L. 33. h. tit.* Et pluribus aliorum auctorum locis comprobant Forcat. *Necyom. Dial. 12.* Briss. 8. *Formul.* Robert. *1. Rer. iudic. 11.* Vult. *Disc. schol. Cap. 7. initio* (ex quo ad verbum, tacito auctore, per pag. duas transcripsit Setser. *Lib. 1. de iuram. Cap. 3.*) Sicuti apud Turcas per caput suum maximum iusiurandum haberi refert. Paul Iov. *Lib. 13. histor. pag. 566.* Per cineres quoque parentum ac maiorum iurabant, Propertius *2. Eleg. 20. & 4. Eleg. ult.* Seneca *7. Controvers. Proœm.* Iurat per patrios cineres, iurat per patria memoriam, Briss. *d. loc.* Ritterhus. *Partit. feud. Lib. 1. Cap. 10. Quæst. 4.* Et hoc quidem merito superstitionis damnatur. Istud vero per salutem suam non item, cum salutis actor Deus intelligatur. Nam & cum LL. Digg. iuxta Iustiniani mentem accipiendæ sint; apparet hanc iurandi formam ipsi non improbatam. Satis namque esse ratus est, si per Dei nomen implicite aut oblique iuretur. Sed & Arcadius ac Honorius Impp. Christiani, Magni Theodosii filii, per salutem principum iuramentum comprobant *L. 41. de transact.* Neque Christiani sub Ethnicis principibus id renuebant Tertullian. *Apologet. Cap. 32.* Sicut non iuramus per genios Cæsarum, ita per salutem eorum, quæ augustior est omnibus geniis ref. Goth. *ad d. L. 41. & ad d. L. 2. C. h. t.* Eo quod per salutem auctor salutis verus Deus, per genium falsus & fictitius intelligeretur Vult. *Disc. Cap. 7. pag. 65.* Et sub Christianis Impp. milites iurasse per Deum, Christum, Spiritum Sanctum & per Maiestatem Imperatoris ex Veget. *Lib. 2. Cap. 5.* refert Borch. *Cap. 6. n. 25.* Ac licet Carolus Magnus per salutem Principis iurare vetuerit, Vult. *d. loc.* uti *Legis Francicæ Lib. 3. Cap. 42.* habetur, ut nullus præsumat per vitam Regis & filiorum eius iurare. In Oriente tamen sub Manuele Comneno (qui Coævus Conrado II. Imp. Occid. ut Cuspinianus, *& alii*) per Imperatoris Caput iuratum, uti Constantinus Andronici filius per vitam Imperatoris iuravit, ceu *ex Cedreno* Robert. *1. Rer. iudic. 18. pag. 220.* Plane Vult. *d. Cap. 7.* (& ex eo Setser. cui solemne & fere perpetuum pleraque ad verbum largissime transcribere *1. de iuram. 3.* Verum Iuramentum statuit, quod nominatim per Deum: Quasi iusiurandum vero, quod per rem aliam, intuitu Numinis divini, præstitum: Hodieque hoc sublato, illud solum superesse. Quia Wes. *Par. h. t. n. 6.* promissionem per fidem, non modo civilem, sed etiam per Christianam, religiosam, salutem animæ, non se pro iureiurando sed vice piaculi ac sacrilegii habere scribit. In quo indigne lapsus videtur eximiæ alias & pietatis & doctrinæ Iurisconsultus (cuius verba per integram *pag.* tacito auctore pro suis usurpat Setser. *Lib. 1. Cap. 15. n. 36. & seq.*) Ita enim sacrilegii rei non modo erunt veteres Christiani, sed & ipse gentium doctor Apostolus Paulus, cui hæc ipsa religiosa assertio fuit, ut supra. Vid. Rauchbar. *P. 2. Q. 2. n. 65. & seq. & n. 75.* Confer. Dominic. Soto *Lib. 8. de Iustitia & Iure Q. 1. Artic. 6.* Nunquid igitur fidei præstatio (absolute) vel interpositio verum iuramentum? Ita sane vult Martio. Uran. *ad Cap. querelam 10. h. t. n. 4. 1.* per caput *ex rescripto 9. extr. h. t. 2.* Quia verum est iurisiurandum ait, ita me Deus adiuvet, testis est Deus, in veritate dico, &c. *Cap. etsi 26. h. tit.* Fides autem est veritas. Enimvero veteres gentiles per fidem quoque iurabant, Petron. *Satyr.* Idque illis sanctissimum iusiurandum, Plut. *in Numa* καὶ τὸν μὲν πίστεως ὅρκον ἀποδεῖξαι Populare μέγιστον, Halicarn. *9. antiquit. Rom.* Sic Euclio ad Lyconidem. Dic, *bona fide* tu id aurum non subripuisti, Plaut. *Anlular. 4. Sc. 10.* Desider. Herald. *Lib. 2. Advers. Cap. 3. &* Turneb. 18. *Advers. 25.* Iisdemque formula solemnis; *ex animi sententia*, cuius frequens mentio, Cic. *3. Acad. QQ. & 3. Offic.* ubi verba ita concipi testatur. Vid. Agell. *4. Noct. 20.* & plures quos adducit Briss. 8. *Formul. pag. 718.* Quod idem est, atque ex conscientia ac sincera fide, Cuiac. *1. Obs. 21.* Quia ut Quintil. *Lib. 8. Cap. 5.* Sententiam veteres, quod animo sensissent vocaverunt. Nam & iuraturi, ait & gratulantes ex sententia dicimus, Hot. *2. Amicab. 21.* Eaque formula loquendi in *L. 3. §. 2. in fin. de testib.* ubi iusiurandum non denotatur ut & in Oratione Marii apud Sallust. in *Iugurt. Cap. 85.* Me ex animi mei sententia lædere nulla oratio potest, Fulv. Ursin. *in Not. ad Sallust. ibid.* Attamen inter Christianos præstatio fidei civilis ac politicæ verum iusiurandum censeri minime potest, nec fractione fidei periurium incurri, etsi incurratur, si sub fide Christiana facta, unde fideles nominantur: quia ita per ipsius Dei nomen, saltem oblique ac implicite iuratur, Vid. Rauchbar. *d. P. 2. Quæst. 2. n. 65. ac seqq.* Covar. *in Cap. quamvis 2. de pact. in 6. P. 1. Relect. §. 2. n. 4.* Bronch. *1. Misc. 60.* Hinc dirimenda nostrorum contentio, qui disquirunt, an vulgatæ nostra ætate formulæ *Bey Fürstlichen, Gräfflichen und Adelichen Ehren, Treu und Glauben.* Iurisiurandi loco haberi debeant. Quod equidem affirmant, ac fere vim iuramenti realiter præstiti verbis hisce tribuunt, de notissima Germaniæ consuetudine attestantes Mynsig. *1. Obs. 17.* Gail. *2. Obs. 59.* Beust. *ad L. 3. §. ult. h. t. n. 24. & seqq.* Wesenb. *Cons. 20. n. 24. & Cons. 14. n. 15.* Sixtin. *Cons. Marp. 12. n. n. Vol. 3.* Meichsner. *Tomo 2. Decis. Cam. 2. n. 30. & n. 142. & Decis. 18. n. 10. & 25. ac Tom. 4. Decis. 1. n. 3. ac Decis. 22. n. 39.* Otto Meland. *Com. Cameral. Part. 2. fol. 454.* Gilman. *Lib. 1. Decis. Cam. 14. n. 32.* Wehner. *Observ. Pract. d. V. S. v. Bey Treun unnd Glauben, bey Fürstlichen, Gräfflichen unnd Adelichen Ehren.* Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius Cap. 4. n. 63.* Rauchbar. *P. 1. Quæst. 34. n. 16. & P. 2. Quæst. 2. n. 56.* Rulant. *de Commiss. P. 2. Lib. 2. Cap. 11. n. 42. & n. 50.* Hering. *de Fideiu. Cap. 27. P. 1. n. 298.* Beust. *ad L. 3. LL. ult. incl. 2. seqq. h. t. n. 13. & seqq.* Coler. *de Process. P. 1. Cap. 10. n. 251.* Speckhan. *Cons. 1. Q. 4. n. 5. & seqq.* ubi *n. 12.* idem esse in DD. & aliis honestioribus personis. Ac nobiles Gallos passim ita iurare, par foy de Gentil-homme, per fidem nobilis, refert Tiraq. *de Nobil. cap. 37. n. 126.* Add. Raudens. *Decis. Pisana 23. n. 23.* Ioan. Petr. Surd. *Decis. 234.* Contra, hoc negant Covar. *in d. Cap. quamvis 2. de pact. in 6. P. 1. Relect. §. 2. n. 4.* Forster. *de Iurisdict. Rom. Q. 2. lege. Numa. 3. n. 27.* Bart. Kellenbenz. *de Renunciat. success. Q. 3.* quia, ait, definitio iuramenti, invocatio nominis divini huic formulæ non competit. Ac Hart. Pistor. *Lib. 4. Q. 6. n. 2.* statuens, quando actus iure Civili invalidus, Iure Canonico solum iuramenti religione sustinetur, ut successoria renunciatio iurata: hanc fidei præstationem vim iuramenti non habere, cum nec religionis quidquam in se habeat. At qui contra proferuntur loci, *Cap. pervenit. 3. h. t. ea. ad aures 3. de his quæ vi met. ca.* de fide Theologica loqui, non politica, ut Abbas & Felinus acceperunt, de fide

dex adhibeatur; non autem 6 *iuretur* (*) *per ullam creaturam*, multoque minus per falsos Deos, ut bene comprehensum est in *c. etsi Christus, ex de iur.* sumptum ex verbo Dei, *Deut. c. 6. & ad Heb. c. 6.* Secus si quis iurat, id demum est iusiurandum, quod Ulpianus illicitum vocat, & improbatæ religionis in *L. 5. §. sed si quis, hic*, etsi ipse ethnicus de vero Deo & vera religione non sensit. Hoc vero omne est eiusmodi, ut nec 7 pro iureiurando sit habendum. Ac de eo etiam isto modo idem Ulpianus scribit in *d. L. 5. §. sed si quis.* Non enim dicit id servandum non esse, quanquam re vera non servatur; sed hoc amplius pro eo id haberi, atque si iuratum non esset: quod quidem efficitur ex superiore definitione..
3 Neque hoc ita dici otiosum est. † Hinc enim fit, quod ille ibidem adiicit, ut ne sic quidem sit servandum, quamvis adversarius, quo deferente iuratum est, id ipsum iusiurandum detulerit. Quod & ipsum recte dicitur. Etsi enim nulla fieret deferenti iniuria, si id servaretur, quod sibi iurari voluit: *L. nemo videtur, infr. de reg. iur.* poteltque dici ipsum sibi imputare debere, qui non idoneum iusiurandum detulit, ut de eo dicitur, qui præposuit merci non idoneum institorem: *L. sed etsi, §. ult. & L. seq. infr. de instit.* tamen eum de servando iureiurando hic agatur, non de deferentis conditione: nihil ad rem pertinet, quid deferens voluerit, nisi & iusiurandum sit interpositum, quod prætor exigit. Iam autem dixi non esse iusiurandum, quod est illicitum. Itaque etsi vere dicitur hoc iusiurandum pro-

non

de Christiana vel in Deum, non de fide Principum (Confer Dominicum Soto *Lib. 8. de Iustit. & Iure Q. 1. Art. 1.*) illud tamen largitur, quod contractui per se valido accedens ea promissio plurimum roboris adferat obligationi. Non vero admittit eam loco iurisiurandi esse, ubi id pro solemnitate vel validitate actus requiritur, quia iuramentum per æquipollens non impleatur. Alias, ait, statueretur ita non solum abrogatio vel derogatio iuris communis, sed & novæ & correctoriæ dispositionis iuris Canonici extensio. Itaque attestationem Mynsing. ac Gailii de usu Germaniæ accipiendam putat de casibus, quibus contractui valido, maioris firmitatis caussa accessit fidei illa præstatio. Denique & Coler. *Cons.* 29. *n.* 146. prius istud non æque ad Comites uti ad Principes pertinere, (uti & Io. de Platea & Henn. Goden. quos citat, sed non sequitur Andr. Scheffer *QQ. Pract. P.* 2. *Q.* 3. *n.* 200. & seqq.) *&* *n.* 149. ubi ea stylo notarii adiecta ea formula, eius non eandem vim esse. Placet nobis distinctio Afinii *de exsecut.* §. 8. *Cap.* 15. Rauchbar *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 71. *& sequent.* Martin. Benckendorff. *ad Seraphin. Privil. Iuram. in Præfat. n.* 22. *ad privil.* 67. *n.* 9. & seqq. Bronch. 1. *Misc.* 60. Quod verum iusiurandum non sit, ideoque nec contraveniens periurii pœnam incidat. (Tametsi ex *supr.* citatis plures ei locum esse scribant. Quod & quotidie practicari refert Arnold. Reiger. *add. ad Mynsing.* 1. *Obs.* 27. Et quod periurus hinc ac infamis fiat, censet Wehner. *Obs. Pract. de V. S. V. angeloben, & V. Hand gegebne Trevv.*) Attamen ita promissum sub fide æque servandum, ut ita habeatur pro iuramento, aut illi æquiparetur, ad quod plures citat Andr Scheffer. *P.* 2. *Quæst. Pract.* 3. *n.* 193 Nam principum & nobilium promissa pro factis haberi, nec verba eorum unquam esse irrita debent, de quo vid. Tiraquell *de Nobil. Cap.* 20. *n* 23. & seq. præcipue autem principem decet fidei stabilitas, ut omne eius verbum instar iuratæ alterius promissionis haberi conveniat. Vid. Hipp. a Collib. *in principe Cap.* 10. ac quæ refert Hering. *d. Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 30. & seqq. Scheffer. *d. Q.* 3 *n.* 195 & seqq Iacob. Aleman. *Palæstra consultat. Cons.* 8. *p* 742. Quibus adde scitam Manuelis Palæologi Imp. Orientis sententiam *Præcept. educat. regiæ ad Ioan. filium Cap.* 81. [illegible] *Leunclavius* qui edidit, vertit. Orationem tuam iurisiurandi loco mortalibus universis suffecturam arbitror. Plane in fæderibus inter principes sanciendis hoc non admittendum esse monet Waremund. de Erenberg. *Meditament. pro fæderib. Lib.* 2. *C.* 1. *n.* 123. *& n.* 131. Exactiore de his alias.

6) Deut. 10. v. 20. *Iosua* 23. *v.* 22. *& seqq. Rom.* 1. *v.* 9. *& C.* 9. *v.* 1. 2. Corinth. 11. *v.* 31. *&c.* Iusiurandum enim est species cultus divini, qui non dandus est creaturæ, Cuiac. *ad d. Cap. etsi* 26. *h. t.* Duar. *Prior. Comm. h. t. Cap.* 11. Vid Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1. Impium quoque iusiurandum quo Deo tribuitur quod ei non convenit, ut per caput vel capillos Dei *Nov.* 77. *Cap. si quis per capillum* 10. *Cap.* 22. *Q.* 1. Duar. *h. tit. Cap.* 11. Afin. *de Exsec.* §. 8. *Cap.* 44. *ac seq.* item si per membra Christi irreverenter iuretur, Vid. post alios Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 26. Confer. Dominic. Soto *Lib* 8. *de Iust. & Iure Q.* 2. *Art.* 3

7) Diff. Innoc. Panorm. & alii *in ca. etsi* 26 *ext. h. t.* quos refert Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P* 1. §. 1. *n.* 20. ac sequitur Ioan. Bapt. Afio. *Tr. de exe.* §. 8. *Cap.* 10. *& Cap.* 47. etsi Christianus per idola iurans gravissime peccet, servare tamen iuramentum teneri per illa Augustini relata in *Cap. ecce duo* 10. *Cap.* 22. *q* 5. quæ tamen a *Gratiano* aliquatenus immutata esse scribit Covar. *d. loc.* Qui recte censet ibid. *n.* 24. ubi iuratum est per Deos, quos falsos iurans agnoscit, deficere iurisiurandi definitionem, cum nec re nec opinione divini Numinis obtestatio adsit. Et ad *d. Cap.* 10. Covar. loqui non de vero periurio, sed de simplici fidei violatione, gravi per se peccato. Et Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 7. ut id servetur, non fieri iurisiurandi religione, sed humanæ fidei oblatione. Qui & ad *d. Cap.* 10. Loqui id non de iuramento quod Ethnici Iovem lapidem dicebant, sed ante lapidem terminalem præberi solito ut *Genes.* 31. *V.* 40. add. Caroc. *de Iuram. lit. Decis. Q.* 11. *principali n.* 5. Sane infidelis iuramentum per suos quos colit Deos ipsum obstringere censent Covar. *d. n.* 24. *ac P.* 3. §. 4. *n.* 1. & Parlad. *d. C.* 4. *n.* 6. *per Cap. movet*: 16. *Cap.* 22. *Q.* 1. & propter opinionem ipsius iurantis. Quare etsi Turcæ deferatur iusiurandum, utilitatem postulare ut per Mahumethum iuret, quia facile per Christum peieraturus, scribit Duar. *in Priorib. Com. ad h. t. C. Cap.* 11. *& in Poster. Com. Cap.* 4. *f.* 864. *col.* 2. Ant. Del Re *de Iuram. Calum. C.* 15. *n.* 167. & seqq. Vel iurere debet per Deum Creatorem cœli ac terræ, ubi vere per Divinum Numen iurari censet, ut Covar. *d.* §. 4. *n.* 1. Quod non ita est. Neque enim Turcæ verum Deum colere dicendi, cum non colant Triunum, nec patrem Servatoris nostri, uti nec Iudæi. Qui qua formula iurandi obstringendi sint, consule Mynl. 6. *Obs.* 20. Afin. *de Exsecut.* §. 8. *C.* 43. *& C.* 48. ac seqq. Caroc. *de Iuram. Decis. Q.* 11. *principali* Seraphin. *Privil. iuram.* 123. *& ibi* Benchendorff. Beust. *in Rub. D. h. t. n.* 219. *& in L.* 3. §. *ult. iunct.* 2. *LL.* seqq. *n.* 6. & seqq. fuse Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 170. usque ad *n.* 182.

(*) Videtur Donellus hic universe improbare omne iuramentum quod fit per creaturas: quod absolute dictum utique contrarium est Catholicæ doctrinæ. Secundum quam licitum est iurare etiam per creaturas, quatenus tamen referantur ad Deum, cuius veritas, præsentia, bonitas & potentia elucet in creaturis per quas iuramus. Ita D. Thom. in 2. 2. *Q.* 89. *Art.* 6. Dominic. Sot. *de Iustit. & Iur. Lib.* 8. *Q.* 1. *Art.* 6. *Concl.* 1. Didac. Covarruv. in *Cap. Quamvis, de pact. in* 6. *Relect. P.* 1. §. 1. *n.* 7. Emmao. Gonzal. in *Cap. Etsi Christus extr. de iureiur. in Not. n.* 2. *& in Comment. eiusd. Cap. n.* 11.

non delato esse, quia recte non defertur: tamen magis ideo non servatur, quia iuratum non est, quam quia non est delatum: cum si non iure, at saltem voluntate deferentis delatum sit, & adversus illum pro delato haberi non sit iniquum. Quam ob caussam visum est hanc speciem iurisiurandi ad hanc conditionem potius debere referri. Sed hactenus prætor non tuetur eum, qui delato iureiurando non iuravit, nisi ei [8] remissum sit iusiurandum. Quod cum factum est, perinde habetur, quasi iuratum esset. *L. 5. §. ult. L. nam postea, §. 1. hic. L. 1. L. actori, C. eod.* Sic remitti iusiurandum Paulus docet in
4 *L.* remittit, *hic.* † *Remittit*, inquit, *iusiurandum, qui deferente se, cum paratus esset adversarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti iurisiurandi. Quod si non suscepit iusiurandum, licet postea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum. Nam quod susceptum est remitti debet.* Significat his verbis, remittere iusiurandum, esse quidem non exigere amplius iusiurandum ab adversario: sed ita, si in personis litigatorum hæc [9] concurrant, ut dicat se amplius non exigere is, qui prius detulerat, & dicatur ei qui delatum susceperat; & in summa solum id remitti, quod prius delatum adversario, & ab eo susceptum illi remittitur. At cur nec alius remittit, nec alii remittitur? Quia, inquit Paulus, *quod susceptum est, remitti debet.* Quod cum de suscepto dicit, simul dicit & de delato. Neque enim suscipitur, nisi quod ante delatum fuit. Sed cur, inquam, solum quod susceptum est, remitti debet? Non utique iuris aliqua auctoritate, quasi ita nominarim iure cautum sit, ne remittatur, nisi quod delatum & susceptum est; sed verbi ipsius significatione, quæ ita fieri debere, idest, ita fieri necesse esse declarat: ut dicendum sit nec alium remittere, quam qui detulit, nec alii remitti, quam qui suscepit, quia nec potest. Remittere enim est condonare & relaxare alicui, quod is sine remissione ferre ac pati cogeretur: ut remittere pignus est, voluntate sua a nexu pignoris discedere. *L. 4. C. de remiss. pig.* Remittere nuntiationem novi operis est, necessitatem ab opere cessandi nuntiatione impositam remittere. *L. 1. infr. de remiss.* Remissio mercedis est, mercedis debitæ exoneratio. *L. ex conducto, §. Papinianus, §. ubicunque, infr. loc.* Sic remittere iusiurandum, nihil aliud est, quam necessitatem iurandi alicui iure impositam ei remittere, & ut Paulus loquitur, eius necessitatis gratiam illi facere. Iam vero hæc necessitas non imponitur nisi ei, qui ante delatum sibi iusiurandum ex conventione suscepit. Nam cui adversarius iusiurandum non detulit, is citra controversiam iurare omnino non cogitur. *L. delata, C. eod.* Sed etsi cui delatum est, nisi id ultro suscipiat, tamen ideo non habet necesse præcise iurare, quia potest interdum iustis ex caussis recusare, potest & referre: *L. manifeste. hic, d. L. delata, C. eod.* Ita fit, ut in quo hæc duo non sint, non possit dici ei remitti necessitas iurisiurandi, quæ in ipso, si velit, nulla est. Tum demum necessitas iurandi affertur, cum delatum sibi iusiurandum quis suscepit ex consensu. *L. iusiurandum quod, hic.* Proinde & huic soli hæc necessitas remitti recte dicitur, & is solus remittere, qui hanc illi necessitatem deferendo iureiurando imposuit. † Remissum iusiurandum pro 5
præstito habetur: quia satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, infr. de solut.* Est autem genus satisfactionis, cum is qui iusiurandum detulit, & cui iusiurandum præstando solvi id videretur, pro iureiurando quod adversarius dare paratus erat, contentus est sola voluntate suscepti iurisiurandi. *L. 1. supr. qui satis. cog.*

CAP.

8) Ita *d. L. 6. & L. 32. h. tit.* dum delatum ac susceptum, nec dum præstitum remittitur. Alio sensu gratia iurisiurandi fieri dicitur *L. ult. pr. ad Municip.* Plaut. *Rudente Act. 5. sc. ult.* Sueton. *in Tiberio* cum præstiti iurisiurandi religione quis liberatur, aut iurato promissum ei remittitur, Rævard. 5. *Var.* 2. Qui posteriori hoc modo accipit *L. pen. h. t.* ubi gratia fieri absenti & ignoranti dicitur. Nam cum remissio ea, quæ pro præstatione, non fiat, nisi iurare parato *d. L. 6.* qui quæso ignorans dicetur suscepisse iusiurandum. Sed immo *d. L. pen.* recte vulgo & a Borch. *h. Tr. Cap. 6. n. 20.* exponitur de remissione quæ huius loci, alias ea L. non conveniret tit. proposito. Nec obstat ratio Rævardi. Evenire enim potest ut delatum protinus acceptetur, deinde moræ intercedant, antequam præstetur. Hic etsi deferens absente altero remittat, iurisiurandum pro præstito est, die remissionis.

9) Non autem remittere potest pupillus a tutore delatum *L. 32. h. tit.* sed nec ipse tutor, quia species donandi est, nec iusta caussa esse potest Cuiac. 6. *Diff. Modest.* ad *d. L. 39.* Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. Cap. 14 & in Poster. Cap. 4. fol.* 865. excipit, nisi tutor post delationem compererit reum non debere, proinde bonam fidem agnoscat. Arg. *L. 9. §. 6. de admin. tut.* Ubi certo scit is qui detulit adversarium peieraturum, debere ei remitti iusiurandum, ut periurium vitetur, docet Petr. Gregor. 50. *Synt.* 6. *n.* 6. Quo facit quod tradunt deferentem verosimiliter peieraturo plus quam homicidium esse, post Felin. Asin. de *Exsecut. §. 8. Cap. 2. n. 22. per Cap. ille qui hominem 5. Cap. 22. Quæst. 5.* addat. Dominic. Soto *Lib. 8. de Iust. & Iure Quæst. 2. Artic.* 4. Pacian. *Lib. 1. de Probat. Cap.* 30. *n.* 10. & 2. seqq.

C A P. VI.

Iurandum ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est, & hoc quibus rebus contineatur.

S U M M A R I A.

1. *Delatione finita frustra iuratur, & finitur, nisi statim iuretur.*
2. *Revocato iureiurando finitur delatio.*
3. *Revocare quando sit necesse, & quando liceat: & ad* L. si quis iusiurandum. C. eod.
4. *Probatum semel reprobare me non posse, quomodo accipiendum.*
5. *Conceptis verbis & eadem forma iurandum, si postuletur: & hoc quid sit.*

POstremum est in conditionibus ad vim iurisiurandi pertinentibus, ut si quis iurabit, deferente adversario, iuret conditione delata. Quod sic acceptum est, ut iuret ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est: alioqui nihil proficiat iusiurandum, ut scriptum est in *L. 5. in fin. hic*. Ut videatur quis ita iurasse, duabus in rebus positum est: ut iuret, non finita delatione: & iuret iisdem verbis, eademque forma, quibus iusiurandum delatum est.
1 † Ne sit finita delatio, in primis exigimus: quoniam finita pro eo est, quasi nec delatum esset iusiurandum. Finitur aut sua sponte, aut revocato iureiurando. Sua sponte, cum simpliciter iusiurandum delatum est, nec statim iuratur; aut defertur ad tempus, & tempus præstitutum finitum est. Itaque fit utroque modo, ut inutiliter iuretur postea. Cui simpliciter refertur iusiurandum: idest, cui simpliciter ita dicitur, peto ut iures: iurat [1] utiliter, si accipit conditionem, & statim iurat. Quod si discesserit prius, quam iuraret, non remisso ei iureiurando: postea frustra iurabit, quamvis initio se iuraturum suscepisset. *Si neque iuratum est*, inquit Ulpianus, *neque remissum iusiurandum, pro eo debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset*. Proinde si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet: quia ex eo quod delatum est, iuratum non est. Hæc in *L. 5. §. ult. hic*. Non dicit quidem aperte: *si neque iuratum est* statim, *neque remissum iusiurandum* statim. Sed hunc eum intelligere perspicuum est: cum ita subiiciat: proinde si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet. Nam hoc, *postea*, valet, postea quam res in iusiurandum admissa est. Cur ergo hic postea frustra iuratur? Quia finita delatio est. Unde finitam intelligimus? Ex verbis & mente deferentis. Qui enim ita dicit, iura, vel postulo ut iures, intelligitur hoc dicere, iura in præsentia. Sed & hic plane eius animus est, ut velit ita fieri. Non enim parum [2] interest deferentis, utrum statim iuretur, an postea. Vix enim ulli fere reperiuntur tam improbi, quin delato

1) Quod vulgo ita accipiunt, nisi is cui delatum est, statim acceptaverit iurisiurandi conditionem. Recepto enim iureiurando, etsi necdum præstito, censent pœnitere actori non licere, per *L. 37. h. tit.* quasi nec conveniat rescindi quod semel placuerit. Idemque statuunt, etsi is accepta conditione petat spacium deliberandi, quid ac quomodo iuret. Vid Sneidvin. *in §. 11. Inst. de act. n. 78. & seq.* Mudæ *ibid. n. 15.* Cacheran. *Decis.* 8. Stratic. *Obs. pract. Cap 20. n. 73 & seqq.* Caroc. *de Iuram Decis.* Q. 6. *principali* Gilken. *ad L. 11. C. h. t. n. 1.* Unde instruunt eum, cui delatum est, ut mox seu in continenti acceptet conditionem, ne pœnitere possit qui detulit: deinde recepto iureiurando petat tempus quo secum expendat, quomodo sibi iurandum sit, *iuxta L. 34. pr. h tit.* Mudæ. & Sneidvin. *d. loc.* Stratic. *d. Cap.* 20. *n.* 77. Ioan. Pels *Process. tit.* 31. *n.* 39. Caroc. *d.* Q. 6. *n.* 5. Beust *ad L. 5. §. ult. & L. seq. h. tit. n. 1. ac* 2. Contra, deferentem instruit Zas. ad *d. §. 11.* ut commoneat adversarium ne facile iuret, sed accipiat terminum ad deliberandum. Ita enim interea erit facultas pœnitendi. Verum priorem cautelam graviter exagitat Oldend. *Cl. 1. Act. 9. in defens. rei n. 1.* volens, cum parcissime iuramentis utendum sit, captandam potius omnem occasionem, ut pœniteat deferentem.

2) Ita & Donell. *ad L. 1. C. h. tit. n 9. ac ad L. 2. n. 3.* cui consentit fere Duar. *ad h. tit. D. in Com. priorib. Cap. 13. & in Post. Cap. 4. fol.* 864 *in fin.* Quia ideo forte desert, ait, quod ita affectum videat, ut ex tempore non facile sit peieraturus; postea vel suasu alterius, vel alia de caussa consilium mutare possit. Enimvero DD. qui dissentiunt ut *N. praced.* declarant; nisi novas probationes nactus deferens: ubi & acceptatum iuramentum recte revocari volunt. Cacheran *d Decis.* 8. Moller 3. *Semestr.* 3. *n.* 10. Caroc. Q. 1 *in principali* Sneidvin. *in d. §. 11. n.* 81. Heig. *Parte* 2. Q. 4 *n.* 14. Confer Iacob. Schult. *Obs. forensi* 51. Stratic. *d. Cap* 20. *n.* 78 Sed & ortis inimicitiis, a delatione licite recedi Caroc. Q. 3. Q. 7. *principalis*. Iure Saxonico is cui delatum est, dilationem habet usque ad proximum iudicium *Landr. Lib. 2. Art. 10* intra quod tempus nisi iuret: iuramentum pro deserto vel neglecto: ac si adversarius id tunc recipere nolit, id pro præstito est, ut art. seq Sneidvin *in d. § 11. n.* 82 & ita Fachs. *inter diff.* Zobel. 34. *P. 1. n 6.* iure hoc non posse actorem durante dilatione revocare iusiurandum per *d. art. 11. ac* Reinhard. *ibid* Quod confirmari videtur ea *Nov. Elect. Saxon* 14. *Parte 1* Contra tamen nititur Moller 3. *Semestr.* 3. *& ad d. Nov.* 14. *n.* 3. *& seqq.* quem de hoc consule.

lato iureiurando moveantur statim religione & metu numinis, ne peierent. At ubi ex illo metu se recipiendi, & cogitandi spatium amplius datum fuerit, solent plerique latebras & excusationes quærere periurio: & tandem reperiunt, quo sibi persuadeant se hoc aut illo modo iurantes periurium evasuros: Alii deliberare, an non sit utilius peierare, quam incurrere in id damnum, aut id dedecus, quod sine periurio palluri essent, & tandem utilitate victi peierare in animum inducunt. Quapropter si alio tempore iuratur: ut tam non iuratur ex verbis deferentis, sic multo minus ex eius sententia: atque ita nullo modo ex delata conditione, quæ finita est. Sed etsi cui defertur, ut intra certum tempus iuret, finito eo tempore perspicuum est, ipsa conditione delationis exstingui delationem: ut accidit in omnibus rebus, quæ ad tempus constituuntur. *§. temporales, Inst. de exc. L. si arrogati,*
2 *in fin. infr. de tut.* † Revocato quoque iureiurando, finitur delatio: eo quod revocatum perinde habetur, quasi nec delatum esset. Similiter ut mandatum revocatum evanescit. *§. recte, Inst. de mand.* Nec quidquam interest in his quæ tui arbitrii sunt, utrum ab initio quid nolis, an cum volueris, in ea voluntate non perseveres. *L. nam etsi, §. 1 supr. de inoff. test.* Finge ergo creditorem heredi, cum quo agebat, ita dixisse: cum intra duos menses cognoveris instrumenta hereditaria, & ius tuum, si iurabis te nihil debere, nihil peto: heredem conditionem accepisse. Intra hos duos menses recte iuratur ex eo quod delatum est: sed hac lege, nisi revocatum sit iusiurandum a creditore. Revocato iureiurando, non iuratur ex conditione delata, quæ revocatione finita est.

Quo tamen loco duo quæsita sunt: Primum quid opus sit hac revocatione, cum dixerimus, nisi adversarius statim iuret, statim finiri sua sponte delationem. Deinde, etsi aliquando revocatio deferenti sit utilis; an tamen possit iure revocari iusiurandum quod semel delatum est: cum traditum sit, quod semel probavimus, amplius improbare nos non posse. *L. Pomponius, scribit, supr. de neg. gest. C. quod semel, de reg. iur. in 6.* † Et certum est 3
huic quæstioni de revocatione locum non esse in ea delatione, cum simpliciter delatum est adversario, ut iuraret, de qua specie supra diximus. Sive enim is cui delatum est, statim iurat, valet iusiurandum. *L. 3. hic:* eoque sera est iurisiurandi revocatio; sive statim non iurat, sua sponte iusiurandum pro non delato habetur: *L. 5. §. ult. hic:* ut proinde in eo revocatio deferenti non sit necessaria. Sed potest iusiurandum adversario ita deferri, ut liceat ei etiam intra longius tempus iurare: ut in eo exemplo, quo paulo ante usi sumus. Ibi & durat delatio ex voluntate deferentis, quamvis non statim iuret adversarius; & potest is statim non iurare: ut illinc quidem adversus delationem necessaria sit revocatio, si eam intra tempus constitutum manere nolumus: hinc autem non sit revocatio intempestiva, si modo & ea iure admittatur, de quo, ut dixi, dubitatum est. Quod ni ita esset, non fuisset Iustiniani constitutione opus ad hanc rem decidendam. Et is in *L. si quis iusiurandum, C. eod.* de eo ita constituit in summa: iusiurandum delatum pro arbitrio deferentis revocari posse: dum revocetur ante sententiam definitivam, aut post definitivam, quæ appellatione sit suspensa. Post sententiam a qua appellatum non sit, revocari non posse. Nihil exprimit constitutio, quomodo iusiurandum, cuius revocationem permittit, fuerit delatum, utrum simpliciter, an ad tempus. Sed 3 cum in priore revocatio sit inutilis, ut ostendi, ad posterius constitutio aptanda est. Alioqui nequidquam de iureiurando revocando cavebitur, eritque hoc modo constitutio vitiosa & inutilis, contra quam leges interpretari convenit. *L. 1. in fin. ad municip. L. in ambigua, supr. de legib.* Cæterum si quod erit iusiurandum eiusmodi, de cuius revocatione non inutiliter quæratur, lex generaliter scripta est, efficitque id omne revocari posse, sive in iudicio delatum erit, sive extra iudicium. Loquitur quidem constitutio de sententia definitiva, de probationibus in lite præstandis, de litis termino: quæ omnia ad iudi-

3) Hanc Donelli interpretationem ceu divinatoriam taxat Gilken. ad *d. L. 11. n. 1.* quia, ait, nulla de tempore certo in lege mentio. Putatque, modo is cui defertur, statim declaret quid iurare velit, non revocari posse, nec si tempus adscriptum. Quod si initio recusaverit, amplius, altero invito, non audiendum. Ubi vero tacuit, ac deliberandi spatium petiit, tunc deferenti potestatem revocandi esse. Atqui nec ita coarctare *d. L. 11.* convenit. Quare hæc *d. L. 11.* sententia: quod, etsi accepta conditio ab adversario iurisiurandi simpliciter delati, revocari possit. Confer. Duar. *Prior. Comm. h. tit. Cap.* 13. Enimvero, etsi iusiurandum simpliciter delatum, nec protinus acceptatum, si interposito spatio iuret, adversario præsente: is non audiendus, si cavillari velit, iusiurandum tenere. Debuerat enim in præsenti reluctari, per *Cap. qui tacet de Reg. Iur. in 6.* Gilken. *in d. L. 11. n.* 21. add. Caroc. Q. 6. *principali, n.* 3. Præstandum vero etiam conventionale iuramentum, non nisi præsente, aut vocata parte. vid. Tessaur. *Decis.* 86.

iudicium institutum pertinent; sed initio generalis definitio posita est de potestate iurisiurandi revocandi. Quæ ut forte verbis generalis non esset; tamen hoc constituto, posse id iusiurandum revocari, quod in lite ipso etiam auctore iudice delatum esset: multo magis idem de eo dicendum fuit, quod extra iudicium defertur sine ulla iudicis auctoritate. Permittit lex delatum ad tempus iusiurandum, ubicunque id delatum sit, ante id tempus revocare. Etiamne si convenerit in iureiurando deferendo, ut lis iureiurando decideretur, atque adeo convenerit, ut reus ipse iuraret, cui hæc conventio ad exceptionem potest prodesse? Et lex generaliter & sine exceptione constituit, iusiurandum delatum, necdum præstitum quandoque ante sententiam revocari posse. Id & generaliter ac sine exceptione accipiendum est: ut intelligamus ne conventionem quidem esse impedimento, quominus iusiurandum revocare liceat, ubi est opus. Et merito. Conventione enim interposita de lite iureiurando decidenda, ut maxime dici posset in hac conventione non esse pœnitentiæ locum (quod tamen minime dicendum est, ut probatur similibus exemplis in *L. qui pecuniam*, *supr. si cert. pet.* *L.* 3. & *L.* 5. *infr. de cond. ob cau.*) tamen vel hoc nomine conventio adversus pœnitentem servanda non est: quia est contra bonos mores, nec potest retineri, nisi dolo malo eius, qui iurare velit, invito adversario. Contra bonos mores est, fieri cuiquam potestatem invito adversario iurandi in re sua: quia hoc modo aperte invitatur ad peierandum, impunitate periurii proposita. Dolo autem malo perspicuum est eum facere, qui velit iurare se non debere, in coque sibi fidem haberi, ubi actor probare paratus sit sibi deberi, atque ita reum falsum iurare velle. Et parum refert, utrum quis ab initio quid dolo faciat, an postea in ea re incipiat dolo malo versari. *L. sed etsi*, §. *de eo*, *supr. de pet. her.* Utraque igitur de caussa pariter improbanda conventio, & quod ad delictum invitat contra bonos mores, & quod retinetur dolo malo. *L. illud*, *infr. de iur. dot.* *L. si unus*, §. *pacta*, *L. iuris*, §. *ait*, *supr. de pact.* *L. pacta quæ contra*, *C. de pact.*

4 Non adversatur † huic revocationi, quod dicitur in *d. L. Pomponius scribit*, *supr. de neg. gest.* semel probatum reprobare me non posse. Non enim hoc 4 dictum est de omni eo, quod quis semel voluit, quomodocunque voluerit. Alioqui nulli licebit in rerum suarum administratione consilium suum mutare in melius, quod fiat sine alterius iniuria; quod secus est; *L. nemo potest mutare*, *infr. de reg. iur.* sed dictum est de eo, quod quis suo nomine gestum probavit, idest, ratum habuit. Hoc ita semel probatum amplius reprobare non possum: quia si negotium meo mandatu gestum esset, non possem improbare. *L.* 6. *infr. de cond. ind.* ratihabitio autem mandato comparatur. *L. ult.* *C. ad Senatusconf. Maced.* Mandatum in istam conventionem habet, quæ adversus mandatum repetenti obstat. Habet igitur & ratihabitio: quasi ratum habendo convenerit, ne de eo quod ratum habui, amplius agerem. Et in summa quod dicitur, Quod semel probavi amplius me reprobare non posse, tunc recte dicitur, cum quid placuit inter aliquos ex conventione. Ab hac enim, invito adversario, recedere non licet, sive meo consensu illi actio parta est, sive exceptio. *L. sicut*, *C. de obl. & act.* *L. ab emptione*, *L. ult.* *supr. de pact.* Extra conventionem autem quo minus mutem quod semel placuit, nihil vetat. Idque intelligitur ex edicto Prætoris de pactis, quo ille in voluntatibus nostris nihil amplius adversus nos se servaturum pollicetur, quam pacta & conventiones. Est autem pactum non unius consilium & voluntas, sed duorum placitum & consensus. *L.* 1. *supr. de pact.* Neque vero illa regula pontificii iuris, Quod semel placuit, amplius displicere non posse. *C. quod semel*, *ex. de reg. iur.* aliter accipi debet. Sumpta est enim ex illo dicto superiore. *L. Pomponius*, *supr. de neg. gest.* Quod si aliter accipiemus, aperte falsa est. Atque ut conventionem exigimus in eo, quod probavi, ne possim reprobare; ita exigimus & conventionem iustam, ne iure infirmetur. Alioqui conventio nihil nocet. *L. pacta quæ contra*, *C. de pact.* Quæ si ita sunt, neutra sententia ad hanc speciem iurisiurandi delati pertinet. Aut enim delatio hæc conventionem non habet de iureiurando expectando; aut si habet, habet sub conditione, quandiu qui detulit, volet, ut in specie *L. qui pecuniam*, *supr. si cer. pet.* Aut si quis putat nullam hic esse conditionem: conventio iusta non est, nec ex edicto est servanda, ut ostendi. Quo fit, ut quasi non interposita non possit revocanti obesse.

4) Loquitur *d. L.* 9. de iis quæ ante gesta & perfecta sunt. Probamus enim præterita, aut præsentia. Hic agitur de eo quod deferenti placuit ut fieret in futurum, Don. ad *d. L.* 11. *n.* 7. & 8. vid. & Borch. *b. Tr. Cap.* 6. *n.* 5. & *seqq.*

esse. Quod vetat constitutio post sententiam a qua appellatum non sit, revocari iusiurandum, videri potest stulte caveri. Quorsum enim inhibere hanc revocationem, si etiam non revocatum iusiurandum pariter iuranti nihil prodest? Cavetur enim hoc totum iurantis caussa: cui si nihil prospicitur hac interdictione, inutilis plane cautio & interdictio est. Atqui post hujusmodi sententiam tale esse videtur omne iusiurandum delatum, ut quamvis revocatio nulla secuta fuerit, non tamen eo magis consulatur iuranti: cum etiam tunc iusiurandum sit illi inutile. Finge ante sententiam ita esse delatum, ut quandoque postea liceret adversario iurare. Nunquam sententia lata, quæ vim iudicati habeat, iusiurandum ei profuerit. Aut enim secundum eum feretur sententia; & iusiurandum ei nihil adiiciet, eoque erit supervacuum; aut contra eum: & iusiurandum sententiam non mutabit, quoniam rei iudicatæ standum est. *L. cum prolatis, infr. de re iud.* Finge post eiusmodi sententiam iusiurandum deferri. Frustra deferetur: quia post rem iudicatam transigi non potest. *L. eleganter*, §. 1. *infr. de cond. ind.* iusiurandum autem speciem habet transactionis. *L. 2. hic*.

Et hæc ita sunt, si iusiurandum a parte parti delatum erit. Itaque ad hoc iusiurandum superior exceptio, & pars constitutionis non pertinet. Sed potest iusiurandum a iudice deferri in sententia ita, ut post sententiam iuretur. Nam si postulante litigatore, ut iudex deferret iusiurandum adversario, iudex · 5 ita sententiam tulerit: si reus intra tot dies iuraverit se decem petita non debere, eum absolvo; aut contra, si actor intra tot dies iuraverit sibi decem deberi, Titium in eam summam condemno: receptum est valere huiusmodi sententias, ut indicat *L. cum iudex*, *C. de sent. & int.* Neque id contra rationem iuris. Continent enim condemnationem aut absolutionem, quorum alterum ad rei iudicatæ auctoritatem sufficit. *L. 1. infr. de re iud.* Non est quidem sub conditione sententia ferenda, si iudex ex officio suo recte fungi velit, idest, plane finem imponere controversiæ: quod res iudicata exigit: *d. L. 1. de re iud.* sed tamen si tulerit, valet, ut quandocunque conditio extiterit, sententia exitum habeat ex die sententiæ, non ex die quo conditio extitit. *L. 1. §. biduum, infr. quand. ap. sit.* Utrumque ideo, quia conditione impleta perinde habendum est, quasi sententia ab initio pure lata esset. *L. si pupillus, infr. de cond. inst.* Ad eas sententias constitutio Iustiniani referenda est. Nam si valent, licebit ei cui iusiurandum delatum est postea iurare secundum sententiam, eamque sibi confirmare. Sed ita, nisi revocatum sit iusiurandum ante, quam iuretur: si modo & ante revocari potest. Hinc quæstio, an possit iusiurandum ita delatum revocari. Iustinianus cavet posse. Hoc ergo non otiose: postquam revocatio aliquando iusiurandum impedit, sine qua recte & utiliter iuratur. Sed de hac parte constitutionis amplius in iureiurando iudiciali dicendum est. Nam ad id iusiurandum hæc quæstio pertinet. Cavet autem in hac specie revocari posse duobus temporibus. Primum ante sententiam. Finge eum ex litigatoribus, qui postulasset a iudice, ut iusiurandum adversario deferret, delatum revocare ante, quam iudex id deferret. Finge iudicem ante sententiam detulisse, ut intra certum tempus iuraretur, & interim revocatum iusiurandum. Recte revocatum est, & frustra quandoque postea iurabitur quasi ex delato iureiurando: quia revocatum est ante sententiam. Alterum tempus est post sententiam, qua hoc iusiurandum delatum est, si ea sententia suspensa sit appellatione. Quia enim appellatio exstinguit iudicatum, *L. 1. in fin. infr. ad Turp.* ideo quasi nulla sententia intervenisset, integrum est litigatori, cuius postulatu iusiurandum delatum erat, id revocare, ut ante. Quod si ab ea sententia appellatum non sit, aut appellatum quidem, sed sententia confirmata sit in iudicio appellationis: hic demum constitutio iusiurandum revocari vetat. Merito: tunc enim eo deducta res est, ut secundum formam iuris standum sit rei iudicatæ. *d. L. cum prolatis, de re iud.*

Ut iuratur † ex eo quod delatum est, 5
si non finita delatione iuretur, de qua specie dictum est: ita ad eam rem & illud alterum exigitur, ut qui iurat, iuret iisdem verbis, quibus iusiurandum delatum fuit, & ut veteres loquebantur, [6] iuret conceptis

5) Eodem plane modo Donell. ad *dict. L. 11. n. 9. et seqq* add. Caroc. Q. 1. 10. *Quæst. principalis* Borch. *de Iureiuran. Cap.* 6. n 14. & 2. *seqq.* Ad id quod sententia sub conditione non valeat, Resp. Sichard. ad *d. L. 11. n. 4.* & Gilken *ibid. n.* 5. id obtinere in conditione extrinseca, ut si navis ex Asia venerit; secus si extrinseca, quæ vere cognata rei, ut si probatum erit. Melius Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 13. *n.* 11. Conditio *si iuraverit*, meri facti est, nec aliquid incertum continet, quod Iudicis sententiam post se exspectet. Longe aliud in conditione *si probaverit*, quæ non est meri facti, sed Iudicis sententiam exspectat, sine qua caussa definita dici ac haberi nequit.

6) Conceptis verbis est, in formulam præscriptam ab eo qui præeundo adiurat iuraturos Curt. *Lib.* 7. Plin. 10. *Epistol. ad Traian.* Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Concipere verba est, formulam certam constituere. Unde conceptum iusiur.

ceptis verbis, siquidem ab eo petitum sit, ut certo modo iuraret. *L. 3. in fin. L. 4. L. 5. in pr.* Non recte hoc constitui- tur, dicat aliquis. Quid enim in re inter- est, quibus verbis quis iuret, iisdemne, an aliis, si aliis iurando non minus iurat, idest, non minus testem adhibet Deum, & peierando pariter illius iram in se at- trahit? Quod si nihil interest, debuit in eadem re ius idem constitui, contempta verborum delationis & responsionis diver- sitate, ut fit in stipulatione. *L. 1. §. si quis ita, §. ult. infr. de ver. ob.* Omni- noque in toto iure ita præcipitur, eum res certa est, verba omitti, rem spectari oportere: quippe leges rebus imponi, non verbis. *L. quoniam, C. de testa. L. 2. C. com. de leg.* Et siquidem aliis verbis iurando, nihil in re interesset: probandum esset non recte hic verba spectari, ut in eadem re ius mutarent. Sed ut est homi- num quorundam [7] superstitio, in iureiu- rando hoc evenit, ut quibus verbis quis iuret, sæpe etiam in re multum intersit. Non sane ad periurium & iudicium Dei, quorum utrumque, quibuscunque verbis peieres, idem semper futurum est; sed ad metum eius de quo iusiurandum postula- tur. Homines enim superstitiosi plerique alii aliarum rerum metu & religione af- ficiuntur: ut his quidem verbis adactum iusiurandum nullo modo suscepturi sint, quia nimis grave putent in hæc verba se ob- stringere; aliis verbis non recusent quam- vis peieraturi, quia iusiurandum vulgare & leve, ac proinde contemnendum existi- ment. Hunc autem metum solum spectat, qui iusiurandum certis verbis defert, qui id agit, ut incusso religionis metu cogat adversarium quoquo modo verum fateri. Quod de conceptione verborum dictum est, idem accipiendum est de forma seu ritu iusiurandi: ut nisi in eam formam iu- ratum sit, qua delatum est, nihil prosit iusiurandum: quia non sit iuratum ex con- ditione delata. *L. 5. in fin. hic.* Ut puta detulit quis adversario, ut iuraret, [8] tactis sacris scripturis, ut interdum mos est. *L. generaliter, §. ult. C. eod.* Nisi ita iura- verit, nihil egit. Neque hic quærendum est, qua forma & quam recta iusiurandum deferatur. Nam si honestus ritus est: re- pudiari non debet, non magis quam iu- risiurandi conceptio; si turpis [9] aut su- perstitiosus: defertur iusiurandum sub tur- pi conditione, eoque impossibili. *L. filius, infr. de cond. inst.* In conventionibus & contractibus non reiicitur adiecta condi- tio impossibilis, ut in legatis; sed ipsa conventionem vitiat. *L. non solum, infr. de ob. & act.* ut consequens sit delatum hoc modo iusiurandum, quamvis susce- ptum, nisi ea conditio exstiterit, pro non delato habendum.

CAP.

iut. [illegible] ubi verba aliquis præibat, quæ iurans persequebatur. Unde facilius cognitu si peieraret, & con- scientia contraria verba mutare vellet, ut ex Tacito 2. *Annal.* P. Greg. 10. *Synt.* 8. *n.* 1. Et præiurare dicebatur, qui verbis conceptis præibat, uti obiurare est iureiurando obstringere, P. Pithœ. x. *Advers. Subse.* 8. Ræv. 5. *Var.* 5. sic: In deferendo iureiurando deferens quomodo id præ- beri vellet, exprimebat. Et interdum conceptio iurisiuran- di arbitrio iurantis relinquebatur: ut si per salutem suam specialiter eum iurare iuberet. Poterat enim ita: Iupiter mihi iratus sit, Ita mihi Deos velim propitios. Interdum & conceptis verbis iuratur, si deferens verba quibus iura- ri vellet, præiret; interdum si simpliciter deferebat, certa erat, ac solemnis formula Iovem lapidem iurandi, ita Ræ- vard.

7) Propter utilitatem enim hominum nonnihil supersti- tioni indulgetur, Duar. in *Post. Com. h. tit. Cap.* 4. *fol.* 864. *col* 2. Atque hoc est quod in *L.* 5 §. 1. *h. tit* ei *quod propria superstitione iuratum est, standum.* Ubi alios li- bros habere, *non standum*, testatur Forcat. *Dial.* 12. *n.* 1. utrique lectioni sententiam veram accommodari posse pu- tans. Plane etsi iurisiurandi substantia requirat formalitatem verborum: facti tamen circumstantiæ, super quibus iura- tur per relationem ad aliud exprimi possunt. Vid. Iacob. Schult. *Obs. forens.* 2. *n.* 11. *&* *n.* 35. *ac seq.*

8) De quo ritu vid. *infr. ad Cap.* 13. *N.* 23. ubi de ri- tibus quædam notabo.

9) Hinc Senatus Parisiensis cum iurisiurandi formulæ cerimoniæ superstitiosæ adscriberentur, a deferente, ut præ- sente Sacerdote infulis sacerdotalibus insignito, tædis arden- tibus in æde sacra iuraretur: cærimoniis hisce reiectis, sa- tis esse iudicavit, si invocato Dei Numine, & tacto sacro Codice, iuraretur Robert. 1. *Rer. Iudic.* Et hic iudici mo- derandæ formulæ facultas, sive superstitio admixta sive ma- ior solemnitas exigatur, quam rei quantitas patitur, per *L.* 34. §. 5. *hoc tit* Vid. Menoch *Arbit. Cap.* 189. Stianc. *Obs. pract Cap.* 20 *n.* 66 & seq. Anton. Fab. *Cod. suo h. tit. Desinit.* 10. Ubi autem simpliciter & sine solemni- tate delatum est, simpliciter quoque iurari satis est, Anton. Fab. *d. loc Desin.* 16 In dubio quoque videtur iuxta for- mam delatam præstitutum iusiurandum, cum solemnitas in- trinseca facile præsumatur, *L.* 30. ubi DD. *de V. O.* An- ton. Fab. *d. loc. Desin.* 25. *n.* 3. Confer. Tessaur. *Decis.* 47. *n.* 18. sed etsi contra formam delatam iuratum, si ad- versarius, non obiiciat nec de eo conqueratur iusiurandum valet, delata solemnitas tacite remissa videtur, idem Fab. *d. Def.* 25. *n.* 7. *&* *Def.* 34.

CAP. VII.

Quomodo servet prætor iusiurandum: ac primum reo, & de exceptione iurisiurandi. Quibus detur: Adversus quos: Qua de re.

SUMMARIA.

1. *Exceptio iurisiurandi quomodo dicatur dari, ut sunt verba edicti.*
2. & 4. *Quibus detur, & his verbis, Ad quos ea res pertinet, qui continentur tum in hoc edicto, tum in aliis*, & n. 4.
3. & 4. *Successor in rem quis; & ad hunc quoque rem pertinere*, & n. 4.
5. *Fideiussori & similibus accessionibus omnibus prodest rei iusiurandum, unde fideiussori & reliquis exceptio: & quando.*
6. *Accessionum etiam, ut fideiussoris, patris, procuratoris, defensoris iusiurandum prodest reo principali, & ei parit exceptionem, & hoc quam recte.*
7. *Extranei, qui idem non debeat, iusiurandum prodest reo etiam ex verbis edicti.*
8. *Filiifamilias & servi iusiurandum de re patris & domini, sive exceptione patri & domino prodest.*
9. *Iurisiurandi exceptio adversus quos, seu quorum iusiurandum quibus noceat.*
10. *De ea re de qua iusiurandum delatum est, nocet exceptio iurisiurandi, & quæ sit res eadem.*

HÆ sunt conditiones de sententia edicti, quibus prætor iusiurandum extra iudicium interpositum se servaturum pollicetur. Quomodo servet, deinceps videamus. Iusiurandum de quo quæritur, ita prætor servat, ut reo iuranti polliceatur exceptionem; actori actionem eius rei, de qua iuratum est, aut remissum iusiurandum. *L. nam postea, ver. 2. hic.* Ita in exceptione reo, & in actione actori danda servandi huius iurisiurandi modus positus est. Quorum de utroque dicemus, secuti edicti ordinem, quo reo iuranti prius cautum est, deinde actori. Ac reo cavetur his verbis, ut quidem fragmenta sub hoc titulo nobis relicta sunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit: eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Exstant hæc verba partim in *L.* 3 partim *in L. ait, 7. hic.* De reo esse hanc partem edicti, non solum illa verba declarant, si is cum quo agetur, quibus significatur reus; *d. L. 3. & tot. tit. Inst. de exc.* Sed etiam quod negat prætor se in iurantem actionem daturum; quæ omnino nisi in reum dari aut peti non potest. Res postulat, ut spectemus, quid hac parte prætor tribuat, quibus, adversus quos, & qua de re. Tot enim sunt, quæ hæc pars complectitur. † Primum negat prætor se in eum qui iuraverit, actionem daturum. 1
Habes, quid reo tribuat: nempe hunc tuetur, in eum actionem denegando. Imo reo exceptionem dando, dixerit aliquis. Nam reo, qui iuravit, constat iurisiurandi exceptionem esse propositam, *§. æque, Inst. de exc. L. nam postea, vers. 2. hic.* Quæ sunt contraria, & quidem ita, ut qui unum dicit, continuo alterum excludat: ne quis forte dicat, utrumque remedium iuranti reo propositum esse. Nam si actio in reum denegatur, nulla est exceptio; & contra si datur reo exceptio, prius actionem in eum datum esse oportet: cum non sit exceptio, nisi ad excludendam actionem iure constitutam, quæ & prius in reum data est. *§. 1. & seqq. Inst. de exc.* unde & exceptio definitur actionis exclusio. *L. 2. infr. de exc.* Et hæc ita sunt, si quis ea dicat eodem tempore esse proposita. Sed diversis temporibus recte singula per se consistunt, & ita iuranti reo ea tribui visum est. Ut enim significatur in *L. nam postea, in pr. hic.* Si actor ita aget, ut fateatur reum prius de re iurasse, prætor omnino actionem non dabit. Quo [1] casu nec

[1]) Ita Duar. *Prior. Comm. ad h. t. Cap. 17. & in Poster. Cap. 4. fol.* 866. Cuiac. *ad L. 3 C. hoc tit.* Hot. *ad §. æque 4. I de except.* Vult in *§. item si 11. ipsi* ru *I. de act. n. 16 & ad tit. I. de except. n.* 25. Nam nec in exceptione iurisiurandi aliud quæritur, quam an iuratum sit *L. 5. §. 2. L. 9. §. 1. h. tit.* Quorsum igitur exceptio daretur, aut formula subderetur, ex qua iudex datus cognosceret, ubi de facto nulla contentio, sed ex iure certo lis omnis protinus dirimi a Prætore potest. Enimvero, quod Borch. *Cap. 8. n. 8.* (ex quo, ut reliqua transcripsit, Setser. *Lib. 4. Cap. 7. n. 12*) ita arguit: Iusiurandum vim solutionis habet ut *infr. Cap. 9. N.* 20. Ergo necesse est, ut si constet iuratum esse, denegetur actio, tanquam omni obligatione exstincta. Fallax illatio est, tametsi et multum tribuat Hering *de Fideiuss. Cap.* 20. § 2 contendens iureiurando omnem etiam civilem obligationem perimi atque exstingui. Quæ & opinio Vultei. *Discept. Cap. 7. pag. 73. in fin.* ac Borch. *Cap. 3. n. 17. & seqq.* Perinde enim inferre

nec dabit exceptionem iurisiurandi; utpote non necessariam & ineptam ei, adversus quem nulla est actio constituta. Sin de eo ambigetur, an iuratum sit: quia fieri potest, ut non sit iuratum, prætor actionem dabit, sed rursum quia fieri potest, ut sit iuratum, de quo & postea constet: prætor addet exceptionem, extra quam si iuratum sit. At isto modo saltem, dicet aliquis, concedimus huic edicto aliquid deesse, quod necesse sit ad reum iurantem tuendum. Dici potest nihil esse incommodi, si fateamur non omnia hic relata esse, quæ erant in edicto ad defensionem rei pertinentia. Nam & actionem actori iuranti edicto promissam esse constat; de qua tamen nullum verbum edicti sub hoc titulo relatum legimus. Satis est, si ut actionem actori hoc edicto dari, sic & reo dari exceptionem alicunde intelligimus: quod traditur in *L. nam postea*, *vers.* 2. Sed parum consentaneum est in hac parte edicti hoc dici: cum videamus eam integra & absoluta orationis sententia esse relatam, & verisimile non sit, eos qui de actione deneganda verba edicti retulerunt, alterum remedium exceptionis huic adiunctum fuisse prætermissuros, si quidem de eo aliis verbis expressum fuisset. Neque vero necesse est ad illam defensionem nunc confugere: cum utrumque illud quod diximus, verbis edicti superioribus commodissime exprimatur. Observandum est enim prætorem non simpliciter edicere se non daturum actionem, sed non daturum eius rei, de qua iuratum est. Hoc vero præstat, non solum qui absolute denegat actionem, quod fit in re certa; sed etiam qui in re controversa actionem dat, addita exceptione, nisi de ea re iuratum fuerit. Hoc enim qui excipit, is utique non dat actionem in eum casum, quo iuratum erit. In summa in re certa prætor actionem non dabit: & si ambigetur, dabit exceptionem iurisiurandi: nunquam tamen actionem eius rei de qua iuratum est. † Quibus prætor polliceatur exce- 2
ptionem, seu in quos neget se actionem daturum, hi verbis edicti comprehensi sunt duo: ipse qui iuravit, & is ad quem ea res pertinet. Is qui iuravit, certus. Is ad quem ea res pertinet, non æque. Varie enim hæc verba in edictis prætorum accipiuntur. Sed varietas non est ex ambigua significatione verbi *pertinere*, sed ex conditione rerum, de quibus in edictis agitur: quæ res ad alios atque alios varie pertinent. Nam pertinere ad aliquem generaliter dicitur id, cuius commodum & incommodum ad aliquem pertinet, sive id in iure eius est, sive id servari aut teneri ab eo, eius interest. *L. verbum illud*, *infr. de ver. sig. L.* 1. in edicto, illic, *mulier cum parturire*, & §. *quamvis*, §. *denuntiari*, *infr. de insp. ven.* Res de qua cavetur edicto, illa est sola, quæ personas his verbis comprehensas distinguit: quoniam non omnes res ad easdem pertinent. Solum ergo videndum est, qua de re in edicto agatur. Ad quos eius rei commodum pertinebit, sciamus eos superioribus verbis contineri. Iam vero in hoc edicto ea res demonstrat rem, idest, litem & controversiam, de qua iuratum est: ait enim prætor, *eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet*. Proinde is ad quem ea res pertinet, hic intelligendus est is, ad quem eius litis, de qua iuratum est, commodum incommodumve pertinet: commodum, si actor in ea vincitur; incommodum, si actor vincit. Pertinet autem hoc commodum, incommodumve ad eum, qui eadem illa actione, de qua iuratum est, tenetur, nisi iureiurando defendatur. Quare si planius dicendum est: is ad quem ea res pertinet, præter iurantem accipi debet is, qui ea actione potest conveniri, de qua iuratum est. Sententia edicti est; huic iusiurandum rei iurantis ita prodesse, ut non minus actori in

ferre licet: Transactionis & iudicii instar habet, *d. Cap.* 9. *N.* 21. Ergo obligationem solum per exceptionem tollit, vel iure prætorio. Quod verius est, tum quia §. 4. *I. de exc.* aperte dicitur obligatum permanere; tum quia vis iurisiurandi qua actionem & exceptionem parit, ex prætoris edicto est *L.* 7. *h. tit.* §. 11. *I. de act.* Eius autem potestas non est, ut civilem obligationem ipso iure perimat. Denique quia *L.* 95. §. 4. *de solut.* adiungitur pacto, ae dicitur naturalis obligatio ipso iure tolli iureiurando. Quo ipso civilem remanere innuitur. P. Fab. *Semestr.* 16. *p.* 159. Quin ex eo ipso quod denegari dicitur actio, iure eam competere satis constat. Ita igitur est; Semper opponenda fuit convento priori actione iurisiurandi exceptio in iure apud prætorem. Verum si ei exceptioni non contradiceret actor, non erat de quo iudicium constitueretur sub exceptione; sed quia nulla amplius lis, prætor actionem denegabat: quia nec de iure aperto controverti poterat, ac quæstiones iuris apud ipsum prætorem, non apud recuperatores dirimebantur. Iunge *not. supr. Lib.* 22. *Cap.* 8. *N.* 8. Et hæc fusius ac scite comprobat amicus noster Ilico Ummius *Disput. process.* 8. *Th.* 6. *n.* 43. quia num obligatio iure consistat, vel sublata, non ex negatione actoris vel probatione rei, quæ substantiam non afficit, pendet. Veluti solutio ipso iure tollit obligationem. Etsi obiectam a reo diffiteatur actor, non eo magis efficiet, ut actio ipsius reviviscat, quæ probatione denuo perimatur. Quia solutionis, quæ dicitur, exceptio vera non est, sed intentioni, non actioni opposita, ut suo loco. Quod de iurisiurandi exceptione recte dici nequit. Etsi ea vulgo statuatur exceptio litis finitæ, eius ingressum impedient. Vid. Caroc. de *Iuram. Decis. Quæst.* 1. 9. *Q. principalis* Beust. ad *L.* 9. *pr. h. t. n.* 22. & seq. & *not. supr. d. Cap.* 8. *N.* 8. Quam non oppositam, si ex actis de ea appareat, per iudicem suppleri vult Caroc. *d. loc.* de quo vid. Beust. ad *L.* 9. §. 2. *h. t. n.* 23. *ac seqq.*

in eum denegetur actio, nec minus ei detur exceptio iurisiurandi, quam si cum ipso ageretur, qui iuravit. Hinc tot & tam varii, quibus hoc titulo traditur, alterius iusiurandum prodesse ad exceptionem præter eum, qui iuravit. Quippe omnes superiori definitione continentur. Id an ita sit, & an recte sentiant veteres, his ex alieno iureiurando competere exceptionem, propositis ordine generibus eorum, qui eadem actione teneantur, melius & certius intelligetur. Eorum quatuor sunt genera: heredes debitoris iurantis; is qui in rem, de qua iuratum est, successit; principalis debitoris accessiones; tum ipse principalis debitor, cum de ipsius debito alius iuravit. Heredes ut universi iuris successores, in eandem obligationem, & omne onus quod defuncti fuit, succedunt. *L.* 2.
3 & *L. ult. C. de her. act.* † Qui in rem
successit, ut rei possessor, similiter rei vindicatione tenetur, ut is a quo rem accepit. Dicitur autem in rem succedere, qui quovis alio titulo, quam hereditario, rem ab alio accipit: puta ex emptione, donatione, legato, & similibus caussis. *L.* 4. *§. si quis autem, & §. seq. infr. de dol. exc.* Hic dicitur in rem succedere potius, quam heredes: quia succedit in rem solam, quam sibi habeat, nulli autem auctoris oneri subiicitur; aliter atque heredes, qui ita in rem & ipsi succedunt, ut tamen primo & principaliter succedant in locum personæ, omniumque commodorum simul & incommodorum, denique universi iuris successores sint. *L.* 1. *L.* 2. *infr. de bon. poss. L. si hereditatem, infr. mand.* Accessiones vocamus, qui principali obligationi accesserunt, ut fideiussores, mandatores, pecuniæ constitutæ reos. *L. si servum, §. nunc videamus, infr. de ver. obl. L. ex persona, infr. de fid.* Hos eadem cum principali debitore obligatione teneri certum est, ut qui eam in se susceperint. De principali debitore nulla dubitatio, quin alio iurante ad hunc maxime obligatio pertineat. Quid ergo de his dicimus? ad hos omnes eam rem & litem de qua iuratum est pertinere, quia eius rei commodum & incommodum ad eos pertineat: & ideo pertineat, quia eadem teneantur actione, ex qua & condemnari eos necesse sit, nisi eius qui prius de ea re iuravit, iureiurando adiuventur. Ideo omnes verbis his edicti contineri: *neque in eum ad quem ea res pertinet*. Hoc vero & de his a veteribus traditum est. Quæque hoc titulo de iis dicta legimus, quibus ex alieno iureiurando datur exceptio, ad hæc genera debent revocari. Contineri his verbis maxime heredes constat. *L. sciendum, §. ult. infr. de ver. sig. L. sciendum, §. deinde, infr. de æd. ed.* Itaque convenit in hoc edicto his verbis, si quis iuraverit se dare non oportere, etiam heredi eius paratam esse iurisiurandi exceptionem. *L. ait, hic.* Sed hic citra controversiam. Heres enim in omne ius defuncti succedit. *L. heres in omne, infr. de acq. her.* Proinde & in exceptionem defuncto competentem, si personalis non
fuit. † Nec minus tamen iisdem verbis con- 4
tineri eos, qui in rem successerunt, traditum est in *L. etiam, hic.* Finge possessorem deferente petitore iurasse rem suam esse, aut non esse petitoris. Si eam rem possessor vendiderit, & petitor eandem rem ab emptore petat: exceptio iurisiurandi ex persona auctoris etiam proderit emptori, & petitori obstabit. *L. emptori, C. de evict.* Quod & de exceptione rei iudicatæ auctori prius quæsita traditur in *L. si a te, §. ult. L. si mater, §. item Iulianus, infr. de exc. rei iud.* Verumtamen de hoc genere, an superioribus verbis recte subiiciatur, nonnulla dubitatio est. Nam in [a] *L. sciendum, §. ult. de ver. sig.* scriptum est: *Hæc verba, is ad quem ea res pertinet, sic intelligi, ut qui in universum dominium vel iure civili, vel pratoria succedit, contineatur.* Universi autem dominii, & iuris successor est heres. *L. hereditas, infr. de reg. iur.* In edicto quoque ædilium cum hæc verba essent; eodem modo illa de heredibus tantum Ulpianus est interpretatus *L. sciendum, §. deinde, infr. de æd. ed.* Nos contra in hoc edicto porrigimus etiam ad singularum rerum successores. Sed recte hæc omnia, nec quidquam in his alteri contrarium. Generaliter Paulus definit ea verba sic intelligi, ut universi iuris successores contineantur. Hoc sic accipiendum est: ut contineantur illi semper, & sine controversia; non item singularum rerum successores: qui continentur quidem & ipsi, sed interdum, non semper, ut de his idem non possit generaliter definiri. Ut, in edicto ædilitio soli heredes his verbis accipiuntur, non rei successores. At enim interdum etiam successores singularum rerum intelliguntur, ut sit in hac

a) Et *d. L.* 70. ut epigraphe probat, iunctis aliis LL. ex eo libro, referenda ad cautionem de rato aliasque stipulationes prætorias, ut Cuiac. & Gœdd. *ibid.* Ast Donello fere convenit Alciatus *ibid.* spectandum volens ob quam caussam hæc verba adiecta, ut pro subiecta materia diversam recipiant interpretationem, &c.

hac parte edicti de iureiurando. Cur hic potius, quam in ædilitio edicto? Quia res de qua utrobique agitur, significationem discernit, ut initio huius definitionis monui, & modo hanc modo illam interpretationem postulat. In quo hæc erit regula, quam teneamus huius rei explicandæ caussa. Spectandum est, cuiusmodi res sit, de qua in lege aut edicto agitur, quæque demonstratur his verbis: *Is ad quem ea res pertinet*. Siquidem ea ad successores etiam singularum rerum potest pertinere: perspicuum est, etiam ad istos verba legis referri. Quare sine dubio & hi, ubi nihil impediat, continebuntur. Quod si ad istos res quæ designatur, pertinere non potest: tum scilicet necesse est solos contineri heredes. Hinc varia horum verborum in superioribus edictis interpretatio. Nam in edicto ædilicio, cum dant Ædiles actionem redhibitoriam emptori, & addunt, *omnibusque ad quos ea res pertinet:* his verbis, *ea res*, significatur vel ea emptio seu obligatio empti, vel eius quod præstari oportet, obligatio petitioque. Prius enim dixerant, *emptori:* item *quod eius præstari oportere dicetur*. Ad quæ si referuntur continentia, *omnibusque ad quos ea res pertinet*, alios intelligere non possumus, quam eos ad quos earum rerum obligatio & petitio pertinet. Porro in obligationem & actionem empti succedit nemo, nisi heres. Sic enim cohæret personæ cuiusque in personam actio, ut ad alium transire non possit: usque adeo ut nec cessa in alium transferatur, quam quidem is cui cessa est, suo nomine & ex persona sua possit exercere, nisi utilis. *L.* 3. *infr. pro soc. L. ult. C. quan. fisc. vel pri. L. emptor, L. ex nominis, C. de her. vel act. ven.* Non mirum igitur, si in eo edicto illis verbis, *ad quos ea res pertinet*, solum heredes contineri dicamus: cum agatur de ea re, quæ in singularum rerum successores non cadat, Qua ratione & in edicto *de edendo* successorum verbo, universi iuris, non rerum singularum successores intelliguntur, cum iubentur & successores argentarii edere rationes. *L. si quis*, §. 1. iuncta *L. quædam*, §. 1. *supr. de ed.* At in edicto de iureiurando pollicetur prætor se actionem non daturum *neque in eum qui iuravit, neque in eum ad quem ea res pertinet:* Ubi, *ea res* demonstrat aut rem petitam, aut litem & petitionem, de qua iuratum est. Utrumque autem, idest, & res petita, & lis transire potest ad unius rei successorem, eoque modo ad eum pertinere. Quare recte fit hoc quoque cum verbis, tum edicti sententia, ut eum quoque successorem intelligamus, ad quem ea res, quæ designatur edicto, tam aperte pertinet. Solum hoc potest in proposito dubitari, cum ex iureiurando venditoris emptori exceptionem damus, nihilne hic fiat adversus regulam iuris, quæ per liberam personam, quæ alterius iuri subiecta non est, alteri quidquam acquiri vetat, eoque & actionem & exceptionem. *L.* 1. *C. per quas pers.* Sed regulæ tunc locus est, cum acquisitio in alterum recta & principaliter confertur, idest, cum contrahimus aut paciscimur nominatim alteri, ut soli illi actio vel exceptio suo nomine acquiratur. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. & act. L. multum, in fin. C. si quis alt. vel sibi.* Cæterum quod alicui recte ab initio quæsitum sit, nihil vetat ab eo in alterum transire. Quod in hac specie accidit. Prius enim iurat venditor rem non esse petitoris, & hinc statim exceptionem sibi acquirit. Recte illi quæsita, quominus cum re ad emptorem transeat, nihil prohibet. Et ideo si emptori rei venditæ fiat controversia, venditoris iura illi prodesse, eumque tam propriis, quam venditoris defensionibus uti posse placuit. *d. L. emptori, C. de evict.* † Continentur 5
iisdem verbis maxime principalis rei accessiones, ut fideiussores, idque est, quod dicitur, *quod reus iuravit, etiam fideiussori proficere. L. in duobus*, §. 1. *hic*, quod & ad mandatores, & pecuniæ constitutæ reos transferendum est. *L. ultim. C. de const. pec.* Est autem hoc vel præcipue ex iure communi, quod proditum est de iis, qui pro aliis obligantur. Placet enim eos ut principalis obligationis accessiones in duriorem caussam obligari non posse, *L. Græce*, §. *illud, infr. de fid.* Cui consequens est, ut quæ exceptiones reo dantur, eædem & fideiussori competant: dummodo non sint personæ, sed rei cohærentes exceptiones. *L. exceptiones quæ, infr. de exc. L. ex persona, infr. de fid.* Rei autem & caussæ exceptio est, exceptio iurisiurandi, quæ nulla habita ratione personæ datur hac de caussa, quia iuratum est. Quod tamen 3 sic acci-

3) Et ita an super contractu iuratum, an respectu personæ, quod pupillus sine tutore, &c. distinguit Caroc. Q. 2. 14. Q. *principalis* ubi *n.* 3. extendit ad fideiussores animo donandi. Ac fuse hoc explicat Duar. in *Post. Comm. p.* 1. *Cap.* 4. *fol.* 866. add. Borch. *Cap.* 8, *n.* 10. & seqq. Non interest an formula iurisiurandi in personam pupilli concepta, an in rem, etsi referre videri poterat. Unde ratio dubitandi in *d. L. ult.* ut Goth *ibid.* Plane *d. L. ult. pr.* bis habentur hæc verba *ut ab omni conditione discederetur*, Ubi P. Fab. 2. *Semest.* 16. *p.* 259. reponit *contentione:*

accipiendum est: si is qui iuravit, de re iuraverit, non de persona, ut Paulus loquitur in *d. L. in duobus*, §. 1. *hic*. Nam si de persona, incipit esse personæ exceptio: quæ fideiussori ex regula supra scripta non dabitur. De re autem iurasse intelligitur reus, qui iuravit non deberi id, quod petebatur; de persona is, qui rem deberi confessus, exceptione aliqua aut defensione personæ propria est usus. Exempli gratia: Pupillus promisit aliquid ex iusta caussa, ac fideiussorem dedit. Eius obligationis nomine pupillus conventus iuravit, & absolutus est. Convenitur postea eius fideiussor. Quæro, an huic eandem exceptionem demus. Distinguendum est. Nam si pupillus hoc contendebat, se nihil promisisse, & iuravit, fideiussori eadem exceptio dabitur. Sin pupillum constabat promisisse, sed pupillus hac defensione utebatur, quod diceret promisisse se sine tutoris auctoritate, ac de eo iuravit: exceptio denegabitur fideiussori. Non enim ut obligatio ad utramque pertinet: ita pertinet beneficium personæ. Hæc summa *L. ult. hic*. Si rei iusiurandum fideiussori prodest: proderit & patri iusiurandum filii, si filius iuraverit se dare non oportere, & pater ex ea caussa conveniatur de peculio, vel de in rem verso. Sic & conventio filii, qua paciscitur ne a se petatur, prodesset patri. *L. acquirent*, & *L. seq. supr. de pact.* Nam & hic filius principalis reus est; pater eius obligationis accessio. *L. si servum*, §. *an filiusfamilias*, *infr. de ver. obl.* de quo mox plura. Accessionum in numero & duo promittendi rei habendi sunt. Nam & hi quodammodo vice mutua fideiussores accipiuntur. *L. reos*, *infr. de duo. reis*. certe in utriusque obligatione res una versatur, & uno liberato, alterius liberatio contingit. *L. 3. in fi. infr. de duob. re.* §. 1. *Inst. eod.* Hinc placuit si ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ alter iuravit, alteri quoque prodesse debere. *L. in duobus*, §. *ex duobus*, *hic*. quod ad hunc ordinem referri debet.

Quod omnium maximam dubitationem habet, placet † his verbis: *neq. in eum ad quem ea res pertinet*, etiam contineri 6
principalem reum, ubi alius iuravit eum dare non oportere: sic tamen dum is iuraverit, cum quo agebatur, ut edicto expressum est, id est, qui ex persona rei seu nomine eius conveniebatur: quo in numero sunt fideiussor rei, pater, procurator, defensor. Hinc 4 iusiurandum a fideiussore exactum placet prodesse reo; si modo fideiussor iuraverit non de persona sua, ut diceret se non fideiussisse; sed de re, ut diceret reum principalem nihil debere, eoque nec se teneri *L. in duobus*, §. 1. *L. ult.* §. *pen. hic*. Eiusdem rationis est, quod visum est, si pater filium dare non oportere iuraverit, patri & filio dandam exceptionem iurisiurandi. *L. qui iurasse*, §. 1. *hic*. Sed & defensoris, vel procuratoris 5 iusiurandum ei ab adversario delatum prodesse, exceptionemque domino parere placuit, quamvis iuraverit non se, sed dominum dare non oportere. *L. nam postea*, §. *pen. L. ult.* §. *ult. hic*. Ac de verbis edicti negari non potest, quin ad hanc quoque speciem pertineant, id est, quin recte dicatur rem, de qua a suprascriptis personis iuratum est, ad reum principalem pertinere: utpote ad quem vel solum vel præcipue pertineat, eoque & eum verbis edicti maxime contineri. Sed quod constituimus etiam huic superiorum iusiurandum prodesse, sive hæc edicti sententia est, sive non est: certe in eo de iure parum liquet. Nam quomodo per extraneam personam, quæ principalis rei potestati subiecta non est, quales sunt illæ, quas supra comprehendimus, debitori exceptio acquiratur, repugnante regula iuris? Non enim hic fideiussor (ut ad hunc potissimum orationem conferamus) iurat sibi, sed nominatim alteri, nempe reum principalem dare non oportere. Item non acquirit primum sibi exceptionem, quæ deinde ex eius persona in reum transeat, ut fit in eo possessore, qui iuravit rem suam

esse,

tione: itaque se excusum in libro vetustiori reperisse testatur. Quomodo & emendat Hot. 4. *Obs.* 15. *Arg. L.* 43. *de cond. indeb.* Eum notat P. Fab. 3. *Semest.* 24. *p.* 392. quod sibi correctionis alienæ laudem falso adscribat. Quæ vix tamen satis dicenda, sicuti & quod idem P. Fab. *d. Cap.* 16. pro *pactione* in d. pr. substituit *exceptione*, quod ipsi per se iurisiurando vires ad obligationem tollendam nullæ sint. Ast immo de naturali obligatione tollenda ibi agitur, quam ipsum per se iusiurandum exstinguit. *L.* 95. §. 4. *de solut.* Ac per *conditionem* formula iurisiurandi quam ea voce notari fatetur, ut *L.* 26. §. *ult. L.* 34. §. 7. *L.* 39. *h. t.* commode accipi potest ita: si convenit, ac id actum ut discederetur ab omni conditione: idest, unico iureiurando pupilli contentus sit creditor, neque aliam *conditionem* seu conceptionem novam iurisiurandi præscribat ipsi fideiussori.

4) Ubi corrupta Haloandrina negatione dempta lectio. Vid. Ant. Augustin. 4. *Emend.* 17. *p.* 216. Et ita Caroc. Q. 31. 14. Q. *principalis* prodesse reo, sive in rem iuratum, sive simpliciter. Secus si in personam nominatim.

5) Hoc ita si ipsi procuratori delatum est ut is iuraret. Nam si domino detulit creditor, ibus eius nomine iurare nequit ut *infr. Cap.* 14. *N.* 2. Etsi vero procurator quilibet deferre nequeat iusiurandum ut *supr. Cap.* 4. *N.* 2. quilibet tamen suscipere & præstare potest, quia alia delationis ratio. Defert non nisi cui ius est *d. Cap.* 4. recipere etiam minus idoneus potest. *L.* 26. *h. tit.* quia is qui exegit iusiurandum, eo contentus fuit.

esse, deinde re vendita una cum re exceptionem iurisiurandi transfert in emptorem, de quo supra diximus; sed ita iurat reum non debere, ut illi statim exceptionem acquirat. Quorum utrumque regula iuris improbatur. *L. 1. C. per quas pers. L. multum, in fi. C. si quis alt. vel sibi, §. alteri, Inst. de inut. stip.* Et ut sciamus hanc regulam pertinere quoque ad fideiussorem qui reo principali cavet, & obstare, quo minus per eum etiam debitori exceptio acquiratur: placet, si fideiussor pactus sit, ne a reo petatur, conventionem propter suprascriptam regulam reo nihil prodesse. *L. fideiussoris, supr. de pac.* Cur magis reo prosit fideiussoris iusiurandum, quam pactum? Quæ diluenda sunt. Et in fideiussore huic obiectioni, ut verisimile est, occurrens Paulus in *d. L. in duobus, §. 1. hic.* cur fideiussoris iusiurandum prosit reo, hanc rationem reddit: quia id pro solutione sit habendum. Recte: si quidem ita habeatur. Nam si fideiussor solvisset, eodem facto & reum principalem, & se liberaret? Verum hæc ratio tunc valet, cum constat iusiurandum fideiussoris per se constitisse. Neque enim pro solutione esse potest, si omnino non valuit. Nunc autem dici potest non valuisse, quia regula iuris adversatur: ac de eo nunc quæritur. Sed & hoc ratio Pauli satis diluit, si quis vim eius propius consideret. Nam si iusiurandum pro solutione interponitur, apparet fideiussorem, cum iurat reum nihil debere, id agere, ut reus hoc iureiurando velut solutione liberetur. At illo modo, sive iusiurandum admittitur, sive non admittitur, intelligitur fideiussor non tam iurare reo, quam sibi. Reo enim solutione liberato, consequitur per consequentiam, ut & ipse liberetur. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* Si iuret sibi: non impedit regula iuris, quo minus & a principio iusiurandum recipiatur, & reo prosit, quo deinde per reum ad fideiussorem exceptio perveniat. Arg. in *L. & heredi, § ult. L. quod dictum, supr. de pact.* Et vero ad eum aliter pervenire non potest, quam si iuret reum ipsum dare non oportere: dum enim fatebitur se fideiussisse pro reo, non potest dicere se non teneri, nisi prius constiterit ipsum reum nihil debuisse. Proinde etiam hac de caussa hoc iusiurandum recipiendum, quo acquirat iurisiurandi exceptionem sibi: quod ius concedit, postquam aliter acquirere eam non potest. Non [6] idem de pacto fideiussoris placuit, ut & hoc prodesset reo. Merito: quoniam fideiussor, ut iam dixi, iureiurando liberari non potest, nisi de reo iuraverit ipsum nihil debere, ut hinc appareat fideiussorem ita iurantem semper ipsum sibi iurare, pacto autem liberari potest, etsi paciscatur, ne a se solo petatur. Quo fit, ut si hoc amplius paciscatur, ne petatur a reo, intelligatur re vera alteri pacisci, non sibi: quod regula iuris prohibet. Et hoc est, quod dicitur in *d. L. fideiussoris, de pact.* fideiussoris conventionem nihil prodesse reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Si fideiussoris iusiurandum proficit reo: etiam hoc admitti debuit, ut cum pater ex ea caussa, ex qua tenebatur de peculio, iurat filium non debere, iusiurandum patris prosit etiam filio: & patri pariter atque filio detur exceptio iurisiurandi, quod traditum est in *d. L. qui iurasse, §. 1. hic.* Nam cum filiusfamilias contraxit, duo hic tenentur: filius in solidum, & pater de peculio. *L. si quis cum, infr. de pecu.* Sed filius principaliter, ut cuius de contractu agatur, unde & tenetur in solidum; pater per consequentiam & ex persona filii, quasi qui illius obligationi accesserit, unde & de peculio solum tenetur. *§. actiones autem, Inst. de act.* Ita filius reus principalis est; pater similis fideiussori. Quapropter quæ de iureiurando fideiussoris dicta sunt, eadem & de iureiurando patris in contractu filii dici oportet omnia. Agi autem hic de patre, qui iuret filium ex contractu dare non oportere, ex eo intelligi potest, quod dicitur ex hoc iureiurando etiam patri exceptionem dari. Non est necessaria patri

exce-

6) Ad hæc maior vis iurisiurandi quam pacti, ut recte Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap* 16. A. Fab. *ad d. L.* 23. Bronch. 1. *Misc. Ax.* 56. Quod male negat Cuiac. 22 *Obs.* 7. cuius rationes alienæ plane ac impertinentes, cum pleræque sint ex iureiur. extra litem in conventionibus petitæ. Male idem huc accommodat illud: Deum non facere discrimen inter iusiurandum & sermonem nudum. Quod axioma ita acceptum: quasi dicat, Non maior vis est, etiam apud Deum, iurisiurandi, nec gravius quis delinquit, peierando quam mentiendo, falsissimum est & perniciosissimum ac absurdissimum Sed ad rem. Iusiurandum maiorem vim habet re iudicata *L. 2. h. t.* Quod de pacto utique non dicitur. Et ut A. Fab. *d. L.* pactum non afficit substantiam obligationis, sed tantum efficaciam actionis, quia adhuc agi potest contra præsentem, licet inutiliter. Ergo non potest cedere loco solutionis *L. 54. de solut.* Certe Cuiacii ratio *d. Cap* 7. quod inde alia ratio pacti sit, quia delatu iureiurando fideiussor iuret se solvisse; pactum autem nullam solutionem intervenisse ponit, adæquata non est. Nam & idem ius est, si se dare non oportere iuravit *L. ult.* §. 1. *h. t.* Sed & recte Duar, ac Bronch. *d. loc.* Seraphin. *Priv. Iuram.* 81. refellunt eos, qui inde quod iusiurandum pro solutione, inferunt fideiussorem actione mandati posse repetere a principali, si iuravit, perinde ac si solvisset. Nam immo ad regressum huius vera solutio necessaria. Tametsi Caroc. Q. 3. 14. Q. *principalis n.* 2. distinguit ut non sit repetitio contra reum, quando iuravit fideiussor se non teneri. Secus ubi præcise se solvisse. Quæ distinctio num vera sit, ambigo.

exceptio ex obligatione filii, nisi ex persona eius teneatur: nec tenetur, nisi ex eius contractu. Sed hic occurritur etiam in filii contractu. Nam si pater pactus sit, ne a filio petatur, non prodest pactum filio. *L. si tibi*, *§. si pactus*, *supr. de pact.* Non est hoc contrarium. Nam nec fideiussoris conventio prodest reo, cui tamen prodest fideiussoris iusiurandum: cuius differentiæ rationem ante reddidimus. Quod dicitur hoc iusiurandum patris etiam filio prodesse, mirum videri non debet, tametsi iuraverit filium non debere. Nam illum non debere iurans, se quoque non debere iurat: cum, ut dixi, non teneatur pater, nisi ut accessio, & ex persona filii. Quod ad procuratorem attinet, fatendum est nihil eius interesse exceptionem iurisiurandi domino acquiri: cum potuerit ipse impune non iurare, ut qui non cogatur in aliena caussa anceps iusiurandum subire. *L. iusiurandum & ad*, *§. procurator*, *hic*, *L. 4. infr. de in lit. iur.* Sed procuratur pro domino est, qui eum dedit: & quidem eo usque, ut procuratoris pactio domino noceat: *L. nam & nocere*, *supr. de pact.* multo ergo magis, ut prosit. *L. rescriptum*, *§. ult. cum 2. LL. seqq. supr. de pact.* Quod cum fiet, non est metuendum, ne in eo quidquam fiat adversus regulam iuris: quia dum iurat, dominum non debere, videtur de se ipso iurare, non de altero, ut qui iuret de eo, cuius personam ipse sustinet. Et quod iurat non se, sed dominum non debere, eo fit, quia aliter domino consulere non potest. Se enim iurando nihil debere, vere quidem iurat; sed de eo non agitur, verum de debitore, de quo & actor iusiurandum detulit. Non enim quæritur an debeat, sed an dominus. Defensor est ab initio ad caussam defendendam accessit sine mandato: tamen pro reo & hic habendus est: quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit: idest, defensorem sua voluntate litis dominum facit. *L. si mater*, *§. hoc iure*, *infr. de exc. rei iud.* Est enim is defensor, qui aut iam iudicium accepit pro alio, aut iudicium accepturus in eam caussam satis dedit. *L. sed & hæ*, *§. defendere*, *L. Titius*, *sup. de proc.* atque utroque modo fit, ut defensor domini loco sit habendus. *d. L. Titius*, *de proc. L. nulla*, *C. de proc.*

7 Illud hoc loco † diligenter monendi sumus, cum procuratoris aut defensoris iusiurandum reo prodesse legimus: *d. L. nam postea*, *§. penul.* cæteros qui in hoc numero non sint, cum obligationem cum reo communem non habeant, hoc ipso removeri. Et ideo si quis rei amicus, qui illius procurator non erat, deferente creditore extra iudicium iuraverit reum non debere: eius iusiurandum reo non proderit: quia ut is non est procurator, sic nec defensor. Quæ sententia vera est. Nam neque hic est dominus litis, & iurat alteri, nec eius interest a reo non peti: ut proinde secundum regulas iuris inde alteri exceptio quæri non possit. *L. 1. C. per quas person. L. fideiussoris*, *supr. de pact.* Nihil hic debitorem iuvat hoc edictum. Nam ut iusiurandum unius prosit ex hoc edicto alteri, ad quem ea res pertinet, exigitur edicto, ut is iuraverit, cum quo agitur: Idest, cum quo agitur ut cum eo, cum quo de re agi potest. Is autem est, aut qui ea actione tenetur, aut procurator eius, aut defensor. Cum alio debitoris nomine creditor non agit, etsi alius potest debitum negare. † Sane si servus iu- 8
raverit dominum dare non oportere, exceptio domino dabitur: quamvis aperte servus iuraverit alteri, nec sit in numero eorum quos supra diximus. *L. si servus*, *23. L. sed et si servus*, *25. hic.* multoque magis in eodem iureiurando proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium potuit consistere. *L. multo*, *24. hic.* Sed hæc in servis & filiisfamilias proprio earum personarum iure recepta sunt, quo placuit per eos omnia patri dominove acquiri: nec referre, utrum his nominatim stipulentur, aut quid aliud in eorum personam conferant: quippe vocem filii vocem patris, & vocem servi vocem domini esse intelligi. *L. acquiruntur*, *infr. de ac. rer. dom. L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *L. quodcunque*, *infr. de ver. obl. §. ei vero*, *§. post mortem*, *Inst. de inutil. stip.* Hæc res facit, ut quod filius aut servus iuraverint, perinde sit, ac si pater aut dominus iurassent. Quod si ab his factum esset, nemo dubitaret, quin recte illis & secundum regulas iuris exceptio ex hoc edicto acquireretur. Atque hi sunt, quibus exceptio iurisiurandi ex hac parte edicti tribuitur.

Adversus † quos detur hæc exceptio, 9
non minus dilucide comprehensum est edicto, si quis modo verba diligenter consideret. Pollicetur Prætor se eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, actionem non daturum, idest, denegaturum. *L. nam postea*, *§. sed et si*, *hic.* Quibus autem denegare potest, nisi agentibus, & eam actionem postulantibus? perspicuum est igitur hoc eum dicere, se iis qui de eadem re iterum agent, actionem non daturum, &, quod idem valet, se adversus eos datu-

rum exceptionem iurisiurandi, cum res exiget. Nec quidquam Prætor excipit. Ergo datur exceptio ex hoc edicto adversus omnes, qui de ea re agent, de qua iusiurandum delatum fuerit. Quod & verissimum est, & perpetuum: dummodo meminerimus, delatum iusiurandum hic accipi debere, ut supra diximus, idest, recte delatum, & ab eo, qui ius deferendi habuit. Hoc, inquam, si eveniet, ut ita delatum sit, non dubitabimus recte dici, adversus omnes, qui de ea re agent, de qua iusiurandum delatum fuit, exceptionem dari, sive hi detulerint, sive alios. Quod si cui de ea re agenti exceceptio non obstabit, caussa in eo erit, non quia alius aget, quam qui detulit; sed quia iusiurandum non sit delatum ab eo, qui deferre potuerit. Id species eorum, qui iusiurandum deferunt, & eorum qui de eadem re agunt, breviter propositæ certo declarabunt. Ex quo simul intelligetur, & adversus quos nominatim exceptio iurisiurandi competat, adversus quos non competat: & quam vere dicatur id totum effici edicto. In caussa sua & suo nomine agens recte quisque iusiurandum defert, qui habet rerum suarum liberam administrationem. *L. iusiurandum quod*, §. *pupillus*, *hic*. si is detulerit. Qui potiunt præter ipsum de eadem re agere, videamus. Et sunt in hoc numero heredes eius, qui detulit: tum hi quibus eadem actio cessa est: item alter ex duobus reis stipulandi, cum inter duos reos una res in obligatione versetur: §. *pen. Inst. de duob. reb.* & his similes in popularibus actionibus cives omnes. Præter hos nemo occurrit, ad quem eadem actio pertineat. Atqui iusiurandum a defuncto delatum heredibus quoque nocere certum est, *L. nam postea*, §. *ult. hic* Hi enim ut in actionem defuncti, sic in incommodum exceptionis adversus illum comparatæ succedunt. *L.* 1. *L.* 2. *infr. de bon. poss.* Sed & qui in actionem ipsam tantum succedunt, iure auctoris sui uti debent. *L. qui in ius, infr. de re. iur.* Nec minus in duobus [7] reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum alteri nocere placet. *L. in duobus, in pr. hic*. Sed & in popularibus actionibus si uno ex civibus deferente, alter cum quo agebatur, iuraverit: placet huic prodesse iusiurandum etiam adversus cæteros, si bona fide sit exactum: tanquam ab eo recte delatum, qui rem deducere in iudicium potuit, & quo agente si adversarius absolutus esset, ei competeret rei iudicatæ exceptio adversus alios omnes. *L. eum qui*, §. *in popularibus*, *hic*. *L.* 3. *infr. de po. act.* Quapropter domino recte iusiurandum deferente, omnibus qui de eadem re agent, iurisiurandi exceptio oberit. At enim si quis in actione in rem iusiurandum detulerit, ut possessor iuraret rem suam esse, & is iurarit: potest alius extraneus existere, qui eandem rem a possessore suo proprio iure vindicet. Quod tamen si fit: convenit hunc prioris iurisiurandi exceptione summoveri non posse, & in universum quod inter alios actum sit, aliis non nocere. *L. nam postea*, §. *ult. L. quia*, *L. sed si possessori*, *in fi. hic. C. res int. al. act. al. non noc.* Non mutat hoc exemplum superiorem definitionem. In proposito enim [8] dici potest posterior actor agere de ea re, de qua iuratum est; at non de ea, de qua iusiurandum delatum est: aut quod idem valet, recte delatum, quod exigimus. Nam si prior petitor iusiurandum tantum detulit, ut de dominio suo transigeret; de alieno dominio iusiurandum non detulit, etiam si maxime possessor de omnium dominio iurarit. Quod si ille etiam de omnium dominio detulit, ut iuraret possessor adversus omnes rem suam esse: non recte detulit adversus alios, eoque hactenus nec iusiurandum pro delato habendum est. Demus actorem aliquem in caussa sua detulisse, qui deferendi ius non habuit, ut pupillum sine tutoris auctoritate: nulli de eadem re agenti exceptio obstabit, ac ne deferenti quidem. Aut enim in totum adversus eum exceptio iurisiurandi non dabitur, aut adversus exceptionem erit replicatio. *L. nam postea*, §. *si minor*, *L. iusiurandum quod*, §. 1. *hic*.

nem-

7) Quia habentur loco unius propter unitatem obligationis, Duaren. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 19. Unde & pactum unius alteri nocet, si socii non sint *L.* 27. *princ. de pact. ut supr Lib.* 16. *Comment. Civil. Cap.* 25. *N.* 2. ubi notavi. Etsi Cuiac. *ad d. L.* 27. dissentiat ut *&* 22. *Obs.* 7. rationem differentiæ reddens, quod hic debitor cui unus reus detulit, iuret se solvisse. Pacto autem interposito, ait, nihil tale dicit, sed quod inter eum ac stipulatorem in confesso est dari oportere, id creditur remittit. Quæ eius liberalitas alteri reo stipulandi obesse nequit. De suo enim quisque largiri debet, non de alieno. Ita Cuiacius. Sed fallitur (1) quia idem est, sive iuret se solvisse, sive se non teneri, nunquam obligatum esse. Argum. *L. ult.* §. 1. *h. tit.* 2. Pacti quoque frequens formula, non teneri reum *L.* 40. *pr. de pact.* ac sæpe ex abundanti qui vere non tenetur, insuper pacto sibi prospicit, ne vereatur calumniosam forte litem, ubi nulla liberalitas vel remissio. Nam *L.* 3. *de trans.* non indefinite de quovis pacto, sed restricte loquitur. Sed nec *d. L.* 28. *pr.* ad reus socios restringenda, ut quidam, quos refellit Caroc. *Q.* 1. 14. *Q. principalis n.* 1. quia, inquit, omnium correorum eadem ratio, cum iusiurandum habeat vim litis contestationis, quæ facta ab uno alteri nocet. *L.* 16. *de duob. reis*.

8) Bellissime. Confer. Caroc. *Q.* 14. *principali.* Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 50. *p.* 293. *ac seq.*

nempe ex eo, quia non fuit delatum iusiurandum ita, ut ad denegandam rei in iusiurandum demissæ actionem Prætor exigit. Ubi ipso iure iusiurandum deferenti actori non noceat, ubi per replicationem supra dictum est, cum de his qui deferre possent, agerem. Iam vero in caussa aliena alieno nomine agentes iusiurandum recte deferunt, ut ibidem dixi, procurator, tutor, curator, actor municipum, & similes. Faciamus hos detulisse: quandoque etiam dominis de ea re agentibus denegabitur actio. *L. tutor, in pr. L. iusiurandum quod, §. 1. §. pen. & ult. hic.* Et, ut dominis: sic omnibus qui ex eorum persona agent, aut qui eandem cum illis actionem in commune habuerunt, de quibus paulo ante. Aliis extraneis in caussa aliena deferentibus, nulli actio denegabitur, seu in nullum dabitur exceptio: quia delatum iusiurandum haberi non debet, quod delatum est ab eo, qui deferre non potuit. *L. alias, L. tutor, §. 1. hic.* Ita dum de ea re agetur, de qua iusiurandum delatum fuit, si quæritur adversus quos detur exceptio iurisiurandi: non aliud quærendum est, quam an recte & ab eo qui deferre poterat, delatum fuerit. Qui deferre possint, ante satis dictum est.

10 Reliquum est † ad exceptionem, ut qua de re iterum agi oporteat, videamus. De 9) eadem re, de qua non iuratum solum, sed iuratum & simul iusiurandum delatum est, iterum agi oportet, ut sit exceptioni locus. Eandem rem hic accipimus, non rem cuius nomine actum est, non etiam actionem qua actum est; sed quæstionem, quæ vocata est in iudicium, & iureiurando decisa: *L. in duobus, §. exceptio, hic.* Ut si hæc quæstio nunc non moveatur, nihil obsit exceptio, quamvis aut petatur eadem res, aut eadem actione agatur; sin eadem sit quæstio, locus sit exceptioni, quamvis aut alia res, aut alia actio in iudicium vocetur. Quæstionem autem eandem aut diversam caussa agendi facit; ut si ob eandem caussam nunc agitur, sit quæstio eadem; si ob aliam, diversæ sint quæstiones. *L. si actor, hic.* Exemplis ad utramque partem accommodatis res plana fiet. Propone de eadem re agi, at non de eadem quæstione, seu non eadem de caussa hoc modo. Pelerat quis Stichum ut sibi ereptum, & de eo deferente reus iuraverat se non rapuisse. Actor eundem Stichum ab eodem repetit, ut sibi furto ablatum. Idem quidem corpus repetitur; sed hic alia quæstio est, quia alia caussa agendi. Aliud est enim furtum facere, aliud rapere. Ideo placet reum exceptione iurisiurandi non adiuvari. *L. in duobus, §. si quis iuraverit, hic.* Item, maritus soluto matrimonio ab uxore rem repetit ut amotam, & eo deferente mulier iuravit se rem non amovisse. Deinde maritus eandem rem ut suam vindicat. Hæc alia quæstio, & alia caussa agendi est, etsi res eadem petitur. Ideo agenti exceptio non nocebit. *d. L. in duobus, §. quæ iuravit.* Propone e converso eandem quæstionem moveri. Obstabit agenti exceptio, quamvis alia actione experiatur, atque adeo rem aliam petere instituat. Utputa, de re quæ apud alium est ex mandati caussa, mandanti & mandati, & certi condictio competit. Qui mandati nomine de re agebat, iusiurandum detulit, & reus iuravit se rem ex caussa mandati dare non oportere. Frustra de eadem re aget postea certi condictione: quia etsi hæc alia actio est, tamen ex eadem caussa competit: unde & hic eadem quæstio in iudicium deducitur; atque hinc exceptio ex hoc edicto. *d. L. in duobus, §. exceptio.* Item colonus cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, iuravit deferente actore se non succidisse. Sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni iniuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur: per exceptionem iurisiurandi defendetur, quia ubique eadem agendi caussa est, eoque & eadem quæstio. *d. L. in duobus, §. colonus.* Item, cum soluto matrimonio rem quam uxor possidebat, maritus suam esse intenderet, mulier deferente marito iuravit rem suam esse. Placet, si maritus eam rem postea repetat ut sibi amotam, quamvis id faciat maxime alia actione, nempe rerum amotarum, tamen mulierem per exceptionem defendi debere. *d. L. in duobus, §. quæ iuravit,* scilicet quia hic eadem caussa & quæstio in iudicium revocatur. Non enim viro amota est, nisi eius fuit. At de eo prius iuratum est, ipsius non esse. Eiusdem rei exemplum est in *ead. L. §. igitur,* Sed etsi de alia re videatur agi; si tamen agatur ex eadem caussa, exceptio obstabit. Utputa, cum patronus præiudicio agens aliquem libertum suum esse diceret; iuravit libertus patrono deferente se libertum non esse. Deinde

9) *L. 13. § 2. h. t.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap. 18. & in Poster. Cap. 4. f. mihi* 866. *& seqq.* Qui hoc pluribus declarat, ut & Borch. *Cap. 8. n. 16. & seqq.*

inde patronus petit ab eo operas, aut petit bonorum possessionem contra tabulas defuncti. Exceptione summovebitur. Petit enim hac de caussa, quod dicat eum libertum suum esse aut fuisse: de qua quæstione ante iuratum est. *L. eum qui*, *§. pen.* Eadem dicemus, si quis de obligatione principali iusiurandum detulerit, deinde post agat de accessionibus, ut de pignore, aut postea pœnam petat. *L. iusiurandum a* 40. *hic*. Nam hæc ex principali obligatione pendent, & illa sublata tolluntur. *L. in omnibus speciebus*, *infr. de sol. L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Atque hæc iurisiurandi exceptio est, & ratio, qua Prætor tuetur iurantem reum, cum extra iudicium iuraverit.

C A P. VIII.

De actione ex caussa iurisiurandi: quæ & qualis sit: quibus: Adversus quos: Quandiu: Quam vim habeat.

S U M M A R I A.

1. *Actio ex iureiurando una, eaque non vetus, sed nova, eademque in personam, quæ dicatur in factum, & utilis.*
2. *Cur in factum.*
3. *Utilis non diversa ab actione in factum, sed una & eadem.*
4. *Cur utilis.*
5. *Opinio vulgaris de differentia harum actionum refutata.*
6. *Cui detur, & adversus quos.*
7. *Ex iureiurando actio perpetua, quamvis ex temporaria actione iuratum sit, atque adeo etsi iuratum sit ex actione de dolo.*
8. *Actio ex iureiurando nomine non similis actioni iudicati: re similis, & cur.*
9. *Hac actione quid consequamur.*
10. *In actione quæ per inficiationem in lite crescit, si iuratum sit, simpli non dupli persequutio datur, & explicata* L. eum qui, in pr. de iureiu.
11. *Iusiurandum ex caussa famosa reum adversus quem iuratum est, non infamat, ut res iudicata; & cur.*
12. *Actionis ex iureiurando certitudo, ut nihil quæratur amplius.*

UT autem hic tuetur iusiurandum reo, sic & actori: atque huic suo item modo, qui pariter tempori, & petenti conveniat: comparata nimirum in eam rem actione cum ipsi, tum deferenti, sicubi id res exigat. Hanc actionem [1] etiam edicto propositam esse constat. *L. nam postea*, *§. 1. L. in duobus*, *§. ult. hic*. *§. item si quis*, *Inst. de act.* Quæ & qualis sit; quibus detur; adversus quos; quandiu; tum quam vim habeat, ordine
1 dicemus. † Sed in primis quæ & qualis: de quo varie scriptum videtur. Modo enim hic actionem veterem dari legimus. *L. si duo*, *§. si quis iuraverit*, *§. Marcellus*, *hic*: modo utilem. *L. sed si possessori*, *§. ult. L. quod si iuravi*, *hic*; modo actionem in factum. *L. actori*, *C.* eo. *d. L. sed si possessori*, *in pr. vers. proinde*. Unde dubitatio, an hic plures sint actiones his verbis distinctæ, an una: & num actio ex iureiurando non minus sit in rem, quam in personam: nec admodum res percepta est. Ego unam esse puto, in personam, non in rem: eandemque, non veterem eam, de qua iuratum est; sed novam ex iureiurando, quæ & in factum dicatur, & utilis. Et actio ex iureiurando una est in personam, non in rem. Certe inter actiones in personam aperte numeratur in *§. item si quis*, *Inst. de act.* Et recte. Nascitur enim [2] ex contractu: quia ex iureiurando. Ut enim iudicio contrahitur inter litigantes propter consensum. *L. 3. §. idem scribit*, *infr. de pec.* ita & iureiurando. *L. 5. §. 1. infr.*

1) Etsi enim caput istud edicti non exstet, dubium tamen non est, quin de eo Prætor edixerit, ut colligitur ex *dd. LL. item L. pr.* 30. *D. L.* 8. *Cod. hoc tit.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 20. *&* *in Poster. Cap.* 5. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *Q.* 1. Ac immerito Zazium dubitare, num ex iureiurando extraiudiciali detur hæc actio, cum de eo diserte loquatur *d. L.* 18. *§. ult.* scribit Mudæ. *ad §.* 11. *I. de act. n.* 2. Et tamen cum Zasio hanc actionem ex voluntario iureiurando negat Vult. *ut Not. infr. Cap.* 10 *N.* 5. *&* Borch. *de Iuriur. Cap.* 8. *n.* 30. *&* *seq.* Cum contra Donellus actionem hanc ex solo extraiudiciali dari sentiat ut *infr. d. N.* 5.

2) Verum hoc refelli *supr. in Not. Lib.* 12. *Civil. Commentar. Cap.* 14. *N.* 6. Nam si vere conventio ac contractus inesset, iurisiurandi actio civilis daretur. Respondet sane ad hoc Donell. *ad §.* 11. *I. de act. n.* 3. ideo prætoriam actionem dari, quia non expressa hic, nec omnibus cognita conventio, verum eam inesse prætor interpretatus est. Atqui ex hoc ipso arguo: si ex interpretatione illa: utique non vera, sed tacita, qualis in quasi contractibus. Quomodo Beust. *in L.* 1. *h. tit. n.* 24 Non est, ait, hæc actio ex transactione nuda, tum quia hic quasi contractus adest, tum quia deferens videtur se adversarii debitorem confiteri, si iuret *L.* 26. *in fin. h. t.*

infr. de pec. scilicet quia & hoc proficiscitur ex conventione, & iudicii instar obtinet. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, *§ ult. hic*. Scimus autem actiones ex contractu esse in personam. *§. 1. Inst. de act.* Etsi autem Iustinianus hanc actionem iuranti tribuens in *d. §. item si quis*, loquitur nominatim de eo, qui iuravit sibi deberi pecuniam, quam peteret: quod ei convenit, qui vetere actione in personam ageret: tamen exempli caussa id dictum accipiendum est, nec minus idem puto, etsi quis in actione in rem iuraverit rem, quam petebat, suam esse. Ut puta, petitor deferente possessore iuravit rem esse suam, & possessore non restituente agit ex hac parte edicti, intenditque rem esse suam, ut iuravit. Etsi hæc intentio est actionis in rem, tamen nihilominus in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter iusiurandum. Eiusque rei certissimum argumentum est, quod non datur illi hæc actio, nisi adversus eum, qui detulit, heredemque eius. *L. nam postea*, *§ ult. & L. seq. hic*: idest, non nisi adversus eum, quicum iusiurandum interpositum est, & iurisiurandi velut obligatio contracta: quod proprium est actionum in personam. Quod si actio in rem esset, competeret adversus eius rei possessores quoscunque, etiam alios, ut est natura actionum eius generis. *§. 1. Inst. de act. L. actionum, infr. de ob. & act.* Et cur non sit hic quoque actio in personam, cum pariter sit ex iureiurando, idest, ex con-
2 tractu? † Dicitur actio 3 ex iureiurando actio in factum in *L. actori*, *C. eod. L. sed si possessori, in pr. vers. proinde, hic:* quia ita dicuntur, quæ proponuntur verbis in factum præscriptis, eaque narratione pro nomine utuntur; cæterum aut vulgare & usitatum nomen non habent; *L. 1. L. 2. infr. de præs. ver. L. cum mota, C. de trans.* aut non habent certum, eo quod dubium sit, qua ex caussa & negotio agatur. *L. 1. infr. de æsti.* Quo ex genere posteriore est actio ex iureiurando. Nam alioqui, ut nomen spectemus, iusiurandum certæ rei nomen est itidem, ut iudicatum. Itaque ut ex iudicato actio est, quæ dicitur non in factum, sed iudicati: *L. miles, §. ult. infr. de re iud. L. 3. §. idem scribit, infr. de pecu.* ita & ex iureiurando, si verbum hoc sequimur, actio dici possit proprio nomine actio iurisiurandi, eoque non sit in factum. Sed ideo ita non dicitur, quia cum agitur ex iureiurando, ambigi potest, utrum agatur ex vetere caussa, quæ iureiurando probetur; an vero ex nova caussa iurisiurandi: quoniam ut iusiurandum conventionem & contractum in se habet: *d. L. qui iurasse*, *§. ult. hic*, *d. L. 5. §. 1. de pec.* Sic & rei de qua iuratum est probationem. *L. 5. §. dato, hic.* Nulla huiusmodi incertitudo in actione iudicati. Certum est enim eam, cum ad exsecutionem sententiæ detur, non competere ex priore caussa, de qua iudicatum est, cum illa exsecutionem partem nullam habuerit; sed solum ex iudicato, quod hanc exsecutionem peperit. Ita cum & numen certum rei gestæ concurrat: ex certo facto etiam certum nomen actionis proditum est, diciturque iudicati: ut fit & in aliis negotiis, quorum certæ sunt appellationes iure civili. *L. 3. infr. de præs. ver.*

Sed ut dixi, præter actionem in factum
† etiam ex iureiurando vetere actione agi 3
posse, & præterea utilem quandam actionem esse legimus. Num ergo hic totidem sunt actiones, quot verba diversa esse videmus? Et convenit inter omnes, si qua hic sit vetus actio, tamen hanc ipsam esse, quæ dicitur utilis. *L. si duo*, *§. Marcellus, in fin. hic.* ut hic si plures sint actiones: non tamen tres efficiantur, sed tantum duæ; illa in factum, de qua dixi; & vetus, quæ eadem sit utilis. Hoc ergo videndum, num hæ saltem duæ sint, non una. Et quis veteris actionis verbo non statim moveatur, ut has maxime diversas actiones esse iudicet? Nam si actio in factum nascitur ex iureiurando, ut volumus: perspicuum est, eam esse novam actionem, non veterem. Hæc enim ex vetere caussa est, de qua iuratum est; illa ex iureiurando, quæ caussa postea intercessit: ut non possit non esse nova actio, quæ inde nascitur. Quis autem non videt diversas esse actiones veterem & novam; & quidem re maxime diversas, quæ ex tam diversis caussis oriantur? Tantum vero inter has interest, ut hac ipsa re efficiatur, veterem actionem esse posse in rem, quia de ea iurari potest; nunquam autem actionem in factum aliud esse, quam in personam, cum non nascatur nisi ex contractu, idest, ex iureiurando. Et hæc admittenda sunt, si quis concedat, ab eo qui iuravit, ob iusiurandum proprie vetere actione agi posse. Sed animadverten-
dum

3) Vultei. *Disc. schol. Cap. 7. p. 72.* in factum dici, quod in ea quæratur magis quod rite, quam quod recte factum, iuratumne sit, non an vere vel falso. In factum; non tantum quia in factum concepta, quæ generalis actionum in factum natura; sed & quod in ea tantum quæratur de facto: an nempe iuratum sit sive vere, sive falso.

dum est, 4 veterem istam quæ dicitur competere post iusiurandum, verbo veterem dici, re autem vera non nisi novam actionem esse, & eam quæ nascatur similiter ex iureiurando: ut proinde sit & ipsa in factum, & ut ex contractu est, ita non sit nisi in personam. Quod ut intelligatur, quid de hac vetere traditum sit, cognoscendum est. Veterem, ut dixi, actionem iuranti dari legimus. Ut puta: iuravit quis se emisse: ex empto agere poterit. Iuravit se fundum pignori dedisse: agere poterit pignoraticia. *L. si duo*, *§. idem Iulianus*, *§. Marcellus*, *hic*. In actione quoque in rem iuravit quis rem suam esse: competit ei Publiciana. *L. sed etsi*, *7. §. si petenti*, *supr. de publ.* Idque hac ratione defenditur, quod iusiurandum pro iusta probatione est, & ut alibi dicitur, perinde haberi debet, quod iuratum est, atque si probatum esset. *L. 5. §. data*. *L. sed si possessori*, *§. ult. hic*. Nemo autem ignorat, si quis intendat se emisse, & probet, eum recte agere ex empto, & vincere debere. Sed ita dicitur competere hæc vetus, ut simul dicatur esse utilis, ut constat ex *d. L. si duo*, *§ Marcellus*, *in fin. L. sed si possessori*, *§. ult. hic*. † Et recte utilis, non directa. Est 4
enim directa, quæ recta verbis legis datur: utilis, quæ verbis cessantibus datur ex sententia utilitate ita suadente. *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. quia actionum*, *infr. de præs. ver.* Iam vero verbis legis non datur ex empto actio, nisi ei qui emit. *L. ex empto*, *infr. de act. empt.* Non continuo autem emit, qui iuravit se emisse. Fieri enim potest, ut falso iurarit. Proinde ei qui tantum dicit se emisse, quia iuravit, directa ex empto actio competere non potest. Sed tamen prætor iusiurandum sic accipit, quasi hoc interposito satis probatum esset. *d. L. 5. §. dato*, *hic*. Ita fit, ut cessantibus verbis legis

4) Hoc displicet Vulteio. *Disc. Schol. Cap. 7. pag. 73. col. 2.* quia indignum Iurisconsultorum prudentia nominari actionem ex empto, exempli gratia, quæ vere non sit. Verba enim propter res inventa, nec alias quam quæ illis denotantur accipimus. Ipsius autem Vulteii hæc sententia, *d. Cap. 7. & ad §. 11. I. de act. n. 13. ac seq. 1.* Putat edictum prætoris ad controversias solum quæ in ius deductæ, pertinere. Vid. *not. infr. Cap. 10. N. 1.* Hinc distinguit. Aut in iure apud prætorem præstitum iusiurandum & quia iudicium nondum constitutum, proinde actio nondum data novari nequit, veterem actionem dari, cum eiusdem caussa non sublata sit: De hoc iureiurando loqui *L. 13. §. 3. & 5. hoc tit.* Aut in iudicio, atque hic, priori prorsus exstincta, dari actionem in factum, utilem iudicati *L. 11. pr. D. L. 8. C. h. t.* Nam cum ad similitudinem iudicati detur: exemplo iudicati priorem actionem novari censet, ut sublata veteri caussa, una ea supersit, quia iuratum est. Argum *L. 13. §. etiam 4. de pign.* Atqui hanc utilem actionem esse, non tam quia iusiurandum vicem rei indicatæ obtinet, quam quia actio iudicati directa datur ea sententia, a iudice in invitum lata. Sententia autem ex iureiurando ad voluntatis partium placitum *L. 6. C. h. t.* seu petitionem *L. pen. §. sive 3. C. eod.* Idem ad *d. §. 11. n. 4* Necessariam hoc casu prætoriam actionem esse, quia iureiurando omnis obligatio sublata, etiam civilis, cum perinde atque solutio liberet *L. 27. h. tit.* Nec longe abludit Borch. *Cap. 8. n. 36. & seq* qui itidem *n. 45.* actionem priorem novari scribit. Quorum sane opinationi consequens est, ne quidem si caussæ iurisiurandi non innitatur actor, sed aliunde fidem actionis suæ facturus, eam superesse. Quod perquam mihi incongruum, ac incommodum videtur. Pone enim: qui vere emit, cum de eo contentio incideret, num emisset; aut qui vere dominus rem suam esse iuravit, firmiores postea probationes nactus, actionem ex empto, vel rei vindicationem intentat, dissimulato eo, quod prius iuraverit; aut ut non dissimulet, in eo intentionem suam non fundat, confidens aliis probationibus, magisque existimationi se consulere ratus, si veris probationibus ostendat se emisse, dominiumve suum doceat, quam si fictæ huic, veluti præsumptæ probationi innitatur. Quid est quod eum removere possit? Anne dicet reus: Ast tu prius iurasti, itaque actionem veterem novatione facta amisisti: Improbus erit, qui hoc obiciet, eo ipso ostendens temere litem subire, qui vel ideo quia iuratum, actoris petitioni satisfacere debeat. Confer. *C seq in fin.* Quid quod nec iudicato fit novatio, nisi quatenus actori expedit, cum, lite contestata, eius deterior conditio non fiat, ut suo loco. Atque id quoque controversum, num præter actionem iudicati, actio vetus non supersit. Et recte tamen Don. ut *C. seq n. 9. ad N. 19.* iureiurando nec fieri novationem. Certe id firmandæ priori obligationi si quæ prior adest, accedit adiuvandæque. Qui igitur eandem perimet? Noxium id sæpe foret actori, cum quandoque ex iureiurando actio non tantumdem plane quantum prior persequatur, ut *infr. h. C. N. 12.* præcipue autem quia si actio in rem prius competiit, actio ex iureiurando non datur contra alium possessorem. Pluresque caussæ incidere possunt, cur expediat, nova hac relicta, veterem priorem intentare. Fallax denique, nec uno modo vitiosa argumentatio illa quod iureiurando omnis obligatio tollatur, quia id solutionis loco sit. Nam & hoc solum obtinet in iureiurando debitoris, cui creditor detulit ut *C. seq N. 9. sub fin* Quis enim aut quam apte dicet solutum creditori aut satisfactum videri; cui non modo nihil præstitit debitor, sed eum insuper hoc onere iurandi gravavit: Et tamen nec illic obligatio civilis exstinguitur, ut firmavi *C. praced. N. 1.* Denique LL. a Vulteio adductæ, quasque sibi obiicit, species habent, quibus actor caussæ huic quod iuraverit præcipue innititur. Ac refellitur Vulteius ea *L. 30. pr h. t. ut infr. N. 12.* Enimvero sic probandum esset, quod Donellus eandem vult esse actionem, quæ modo in factum dicitur, modo utilis, modo ex ea caussa de qua iuratum est: cum magis tamen statuam duplex hic remedium proditum, esse ut, utrum exercere malit, actori liceat. Oldendorp. *Class. 1. Act. 9. in adsu. Remed. n. 1.* nisi ex caussa contractus innominati iuretur: ex quo ipso non alia quam præscriptis verbis, vel in factum actio. Old. *ibid.* Gilk. *ad L. 8. C h. t. n. 3.* Ast hoc minus probandum foret, quod ubi in reali actione iuratum, eadem in personam fit. Quin potius utilis ea vindicatio, seu Publiciana, petitiove hereditatis, ut Goth. *ad L. 11. §. ult. h. t.* Rulant. *de commissar. P. 3. Lib. 7. C. 9. n. 16* Mudæ. *in §. 11. I. de act. n. 24.* Nam & *d. L. 7. §. 7 de publ.* nimis clare dicit: *Competit Publiciana mihi*. Etsi enim innitatur ei caussæ, quod iuratum sit, tamen ea adducitur, non ceu immediata, sed ceu mediata caussa petitionis, sicuti & alias vindicatio expressa vel adiecta caussa intentari potest; ex. gr. Rem istam meam esse aio, quia ex emptione traditam accepi. Nec obstat quod non contra quenvis possessorem datur. Nam id contingit ex defectu probationis, quæ contra alium non suppetit. Plane quod Vult. *d. C. 7. p mihi 73.* & ad *d. §. 11. ipsi 10. I. de act. n. 16* Ita demum Publiciana agi putat *d. L. 7. §. 7.* si res ex caussa iurisiurandi tradita ac amissa, vix convenire reor. Tunc etenim Publiciana contra alium quoque competet, cum traditio ex caussa facta vel dominium, vel ius usucapiendi ad caussam dominii, sive ius dominio finitimum, quod Publicianam gignit, transtulerit. Ac ratio pariter subiecta ac *vers. sed si possessori*, arguunt Publicianam ex ipsa iurisiurandi caussa ibi dari. Nisi quis dixerit & ubi ex empti donative caussa quis accepit, re amissa Publicianam solum dari contra eum qui vendidit aut donavit, quia emptio donatiove alterius alteri non noceat. Quod quam iuri adversetur satis apparet.

gis detur utilis ex legis sententia, quasi emptio intervenisset; sed semper hac de caussa, quia iuratum est. *d. L. 5. §. dato, d. L. sed si possessori, §. ult. hic*. Ex his apparet veterem hanc, quæ dicitur, unam hanc caussam & defensionem habere, qua nitatur, quia iuratum sit. At hoc nihil aliud est, quam hanc ex vetere caussa non intendi, sed ex nova Iurisiurandi. Proinde verbo veterem dici; re autem vera esse novam, natam ex solo iureiurando. Nec ad rem pertinet, quod actor primo ex vetere caussa sibi deberi dicit: unde & veteris caussæ intentione utitur. Hanc enim caussam initio obtendit, quia facit ad ipsius existimationem, ne videatur falso iurasse sibi deberi. Cæterum re vera hanc omittit, cum se ideo agere dicit, quia iuravit. In hac enim caussa solum consistit: cuius hoc proprium est, ut non aliud quæratur, quam an iuratum sit: remissa quæstione, an ex priore caussa debeatur, ut est in *d. L. 5. §. dato*. Idque est, quod Paulus scribit in *L. eum qui, in pr. hic*. hoc iudicio, in quo de iureiurando agitur, non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Est igitur tota hæc actio ex iureiurando non minus, quam si aperte statim ab initio ita quis ageret, ut diceret ideo se petere, quia deferente adversario iurasset sibi ex illa aut illa caussa deberi, aut rem suam esse. Quid enim interest, utrum intentio statim ab hac caussa incipiat, an initio ex alia caussa facto, intentio in hanc caussam, priore omissa, desinat? Quod si actio ex iureiurando: fit, quod supra dixi, ut sit actio ista utilis solum in personam, non in rem: simul ut sit & in factum, illa ipsa quam in factum ex iureiurando competere diximus. Eiusque sententiæ argumenta hæc duo sunt: unum, quod in *L. sed si possessori, hic*. ei qui iuravit, rem suam esse, datur actio in factum, *in pr. vers. proinde*. Eidem paulo post in *§. ult.* datur utilis. Alterum, quod quæ actiones a iuris auctoribus utiles vocantur, easdem constat & in factum nominari. *§. ult. Inst. de leg. Aquil.* iuncta *L. boves, supr. ad leg. Aquil. L. quia actionum, infr. de præs. ver.* Et ut omnis utilis ex iureiurando est in factum ob eam caussam, quam de hoc verbo supra exposuimus: ita & omnis in factum ex hac caussa recte dicitur utilis, si cum vetere actione, de qua iuratum est, conferatur. Cum qua & confertur, & ad cuius similitudinem introducta est, edicto iusiurandum ita interpretante, quasi satis ea caussa probata esset. *d. L. 5. §. dato*. Neque novum est, ut quæ actio prætoria 5 directa dici potest, si verba edicti spectentur, quia verbis ipsis proposita est: ea dicatur utilis, si ad actionem civilem, cuius ad exemplum introducta est, revocetur. Publiciana aperte edicto proposita est. *§. namque, Inst. de act.* Qua ratione recte dicatur ex edicto directa. Ea tamen dicitur in rem utilis; rei autem vindicatio que iure civili domino datur, directa, ut significatur in *d. §. namque:* scilicet quia illa ad similitudinem huius a prætore constituta est. Ita plane una est actio ex iureiurando, quæ modo dicitur in factum, quia intentio actionis dubium faciat, utrum ex vetere caussa agatur, an ex iureiurando; modo utilis, quia sic intendatur, quasi sit ex vetere caussa; verum auctoritate prætoris, non verbis legis. Utrumque tamen ita, ut constet quacunque forma agatur, eam non aliunde nasci, certe non aliunde consistere, quam ex hac una caussa, quod iuratum est.

Illud quidem nullo modo probandum est, † quod [6] Accursius & alii tradiderunt 5
ad *§. item si quis postulante, Inst. de act. & L. actori, C. de iur.* sic has actiones differre, ut utilis sit, cum quis certa de caussa nominatim iuravit, puta se emisse: in factum autem, cum simpliciter iuravit sibi quid deberi, nulla caussa adiecta, ex qua deberetur. Ut enim admitteremus duas esse: nunquam tamen [7] recipiendum est, ut diversis in caussis dicantur cumpete-

5) Vid. *Not. supr. Lib. 21. Civil. Commentar. C. 2. Not. 7.*

6) Cum quibus & Duar. *ad h. t. D. in Comm. Poster. C. 5.* Mudæ. *in §. 11. I. de act. n. 20. & 2. seqq.* Beust. *ad L. 9. §. 1. h. t. n. 1. & 2.* Sueidvin. *d. §. 11. n. 61.* Caroc. *de iuram. lit. Decis. Q. principali* 18. ac fere Pac. 3. *Q.* 78. qui sic: Si in iudicio iuratum, utilis iudicati actio *L. 8. Cod. h. t.* si extra iudicium adiecta caussa, actio utilis ex ea caussa, quæ iureiurando expressa; non adiecta caussa, in factum. Et illic DD. iusiurandum formiter præstari dicunt, hoc vero informe vocant, tale quoque statuentes, ubi rem suam esse quis iurat, non adiecto titulo dominii.

7) Ita & DD. vulgo refellit Gilken. *ad L. 8. C. h. tit. n. 6. &* Oldend. *Cl. 1, Act. 9. in ad fin. Remed n. 1* iuramentum istud quod informe appellant, a iudice non admittendum, nisi iurans ad acta iudiciaria se referat, ex quibus debiti caussa appareat. Addit Gilken. *d. loc. n. 7.* quod ita sequeretur, non modo ex pacto nudo, iuramento accedente, nasci actionem, quod vulgo negatur; sed & ut iusiurandum id efficiat, ubi nulla vel plane inutilis intervenit stipulatio. Non obstat formula, quæ passim occurrit, si iuraverit sibi dari oportere, se dare non oportere *L. 9. § 5. L. 25. L. 28 §. ultim. L. 29. h. t.* Neque enim ea Iurisconsulti hoc volunt, quasi tam nuda conceptio sufficiat, sed compendio loquendi totam actionem, in personam cum sua caussa denotant. Quasi dicerent, si in actione personali iuraverit, nempe iuxta legitimam formam, expressa caussa. Oldend. *d. loc.* Nam & ita simplex formula agendi refertur in §. 1 *&* §. 14. *I. de act.* nec sequitur tamen ita recte iudicio intendi, contra quam *supr. Civil. Commentar. Lib. 23. Cap. 5. N. 5.* Plane Borch. *de Iureiur. Cap. 8. n. 30 & seqq.* contendit ex iureiurando voluntario nullam nisi veterem actionem competere posse, uti & ex præstito in iudicio, si sententia non sequuta.

petere: multo vero minus, ut dicatur ex iureiurandò ulla esse actio, ubi quis iuravit sibi deberi, nulla caussa debendi expressa. Qui deferente adversario iuravit rem suam esse, huic utramque competere scriptum est in *L. sed si possessori, hic:* in factum *in princip.* utilem autem in *§. ult.* Eadem igitur in caussa utramque: ut aut pariter utraque competat, cum nulla caussa adiecta iuratum est, aut pariter cum iuratum est, adiecta caussa petendi. Sed res ita habet, ut in superiore specie qui iurat, caussa petendi adiecta, iuret. Nam ad vindicandum satis est caussæ, si quis dicat rem suam esse. *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. & act.* Quo minus ferendum est, ut dicant actionem in factum esse, cum simpliciter iuratum est, nulla caussa adiecta: cum illi ipsi in eadem specie utilem actionem dent, quam non nasci fatentur, nisi cum caussa iurandi expressa est. Quid, si etiam fieri non potest, ut quis sine caussa iurans habeat ullam actionem ex iureiurando? Primum non habebit, nisi etiam ei ita delatum sit, ut simpliciter iuraret sibi deberi. Nihil enim prodest iurasse, nisi conditione delata iuratum fuerit. *L. 3. hic.* Atqui nemo debitor, opinor, tam stultus est, ut cum ab eo decem petuntur, quæ negat se debere, si longius progredi vult, non statim roget, ex qua caussa debeat; & cum actor caussam dixit, non tunc deferat iusiurandum, ut actor iuret sibi deberi ex illa caussa; non etiam ut iuret simpliciter sibi deberi. Tum autem ut exsistat forte debitor aliquis, qui de caussa debendi nihil inquirens, velit actorem simpliciter iurare: quid profuerit iuranti ita præstitum iusiurandum? Si quando enim postea ex eo aget, ut petat decem, quæ sibi deberi iuravit, rogabitur ex qua caussa velit sibi ante debita fuisse. Si nullam dicet, non est audiendus: quia ius affirmationem non recipit: iure enim sine iusta caussa deberi nihil potest. *§. ult. Inst. de obl* Affirmationes autem ratæ non sunt, quibus ius aut natura adversatur. *L. si is cuius, §. ult. supr. de inter.* Si dicet aliquam: iusiurandum nihil enm adiuvabit: quia neque de certa caussa iuravit, ut apparet, neque iuravit de omnibus, quoniam ex omnibus caussis res petita deberi non potuit, sed ex certis tantum. Omninoque idem hic dicetur, quod de cautione eius qui scripsit se decem debere, nulla expressa caussa, cur deberet. Placet hanc cautionem reo nihil nocere. *L. generaliter, C. de non num. pec. L. cum de indebito, §. ult. infr. de prob.* Quia nimirum sine caussa certa debere non potuit iure, quantumvis confessus sit se debere; creditor autem si aliquam caussam dicet, ideo nihil agit, quia cautio hanc caussam non probat, de qua nihil exprimit. Nec quisquam dicat iusiurandum cautioni non recte comparari: quasi maior vis sit iurisiurandi. Non enim minus cautioni suæ quis stare cogendus est, ubi cautionem suam agnoscat, quam iuriurando. *d. L. generaliter, C. de non nu. pec.* Sed non debet stare ultra, quam cautio exprimit: sic nec debet nocere iusiurandum ultra, quam continet: siquidem & hoc pro probatione itidem, ut cautio habetur. *L. 5. §. dato, hic.*

Hæc † actio, quod secundo & tertio 6
loco propositum est, datur [8] ei actori, qui iuravit. *L. actori, C. eod §. item si quis postulante, Inst. de act.* Et ut intelligere liceat qualiscunque sit, & quacunque forma intendatur, omnem hanc esse in personam, etiam tunc cum quis in actione in rem iuravit rem suam esse: non huic datur adversus extraneos, aut possessores rei, sed ut est conditio actionum in personam, duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit, ut eum cum quo contracta iurisiurandi obligatio est: item adversus eos, qui in eius locum successerunt, ut est in *L. nam postea, §. ult. L. quia, L. sed si possessori, vers. proinde, & §. ult. in fin. hic.* Etsi autem proposita est maxime eius actoris caussa qui iuravit, ac forrasse verbis edicti huic soli (nam huius solius mentio fit in *d. §. item si quis postulante, & in d. L. actori.*) tamen sive verbis edicti, sive sententia efficitur, ut ad alios quoque pertineat; certe placet ei quoque dari, qui detulit adversus eum, qui iuravit, quoties de ea caussa iuratum est, ex qua si vere iuratum esset, ut iuranti, sic deferenti [9] mutuæ essent actiones. Ut puta: Iuravit quis se emisse rem a Titio

8) Interdum etiam reo, cui actor detulit, actio est, ut in specie *L. 11. §. 1. h. tit* si conventus iudicio reali iuravit non solum rem actoris non esse, sed & suam esse. Mudæ. ad §. 11. *I. de act. n. 6.*

9) Sive universales sive singulares Quia transit res cum suo onere ac caussa. Beust. in *L. 9. § ultim ac 2. LL. seqq n. 9.* Et ut prælatio iuramenti ab auctore prodest successori ut *C. praeced. N. 2.* ita & delatio, si ab adversario iuratum, nocet. Extraneis autem, & qui titulum non habent a deferente, non item *L. 11. pr. hoc tit.* Duaren. *h. tit. in Prior. Com. Cap.* 23. Hinc DD. iuramentum præstitum super uno correlativo extendi ad aliud. Caroc. *Q. 1. Quæstionis 16. principalis n.* 8. Obi. At iusiurandum non debet proficere ei contra quem iuratum est. Argum. *L. 16. de exc. rei iud. iunct. L. 8.* verbis, *ad similitud. C. hoc tit. & simil.* Resp. Duaren. in *Post. Com. h. tit. Cap* 6. Natura huius actus exigit ut adversario quoque detur actio. Quia prætor tuetur iusiurandum, & habet pro veritate, tanquam verum sit id, de quo iuratum est. Atqui si ex. gr. verum est, iurantem emisse rem centum aureis: pretium

a Titio centum. Si vere emisset: necesse esset etiam Titium illi vendidisse, ac Titio de pretio ex vendito teneretur. Placet & nunc illum ex vendito ita teneri. Iuravit se societatem cum Titio fecisse. Eadem ratione & is pro socio a Titio poterit conveniri. *L. si duo, §. si quis iuravit, hic*. Iuravit se ob decem pignori dedisse fundum. Etiam in decem ultro ex iureiurando suo conveniri poterit. Iuravit maritus rem sibi datam in dotem deferente ea, quæ uxor fuerat: hic quoque placet uxori utilem de dote actionem dari. *d. L. si duo, §. Marcellus*. Quippe hæc ita fierent, si & ille vere dedisset fundum ob dotem, & hic vere rem in dotem accepisset. Sed unde hæc actio ei qui non iuravit, si edicto non est proposita? Ac verbis non esse propositam constare potest, non ex eo solum, quod in §. *item si quis postulante, Inst. de act.* solum ita scriptum est, Prætorem ex iureiurando accommodasse actionem ei, qui postulante adversario iuravit; sed etiam quod hæc actio auctoritate tantum respondentium, & ratione æquitatis defenditur, idque ut in re dubia in *d. L. si duo, §. si quis, & §. Marcellus*. Quod non fit, nisi ubi verba edicti deficiunt. Sed sententia prætoris manifesta est, id agentis, ut iusiurandum iurati servetur, quasi verum iurasset. *L. 5. L. nam postea, §. 1. hic*. Hæc sententia & ad deferentem pertinet. Nam si actor vere iuravit se a reo emisse, verum est reum illi vendidisse. Idemque de suprascriptis caussis similibus dicendum est. Nec dicet actor se sibi iurasse, non adversario. Non enim potuit in rebus natura sua coniunctis iurare sibi, quin iuraret adversario. Præterea vult iusiurandum sibi adversus deferentem servari. Æquum est & adversus eum servari inter easdem personas: ut quod in alterius persona æquum esse credidit, id in sua quoque persona valere patiatur ex alia parte edicti. *L. 1. supr. quod quis iur.* Quid ergo, si ipse ex iureiurando nollet agere, an adversario iureiurando uti permittendum est? Puto non minus actionem ultro adversario dandam. Intellectum est enim, inesse in hoc iureiurando non tantum religionem, sed etiam conventionem, ob easque res iusiurandum inter litigatores servari placet. *L. sed etsi servus, L. qui iurasse, §. ult. hic*. Hæc [10] conventio cum pariter ad deferentem pertineat: quemadmodum ei nocet, sic & ubi conventio id dat, prodesse debet. † Actio ex iureiurando, quæ, 7
quibus detur, & adversus quos, dictum est. Videndum, quod quarto loco sequebatur, quandiu detur. Quod propter actiones temporales quærendum est, de quibus iusiurandum interponitur. Quid enim, si is qui mihi temporaria actione tenebatur, detulerit, ut iurem ex ea caussa mihi dari oportere: puta is cui redhibere poteram equum vitiosum, aut cum quo agere poteram, quanto minoris empturus essem. egoque iuraverim? Etsi verum est, quod supra ostendimus, iureiurando contrahi, atque hinc nasci actionem ex contractu, ut verum est: *L. qui iurasse, in fin. hic. L. 5. §. si filiusfamilias, infr. de pec.* res est absoluta. Certi enim iuris est actiones ex contractu, nisi quid nominatim intra certum tempus propositæ sint, quia rei persecutionem continent, esse perpetuas. *L. in honorariis, infr. de obl. & act. §. sequens, Inst. de act.* Ex quo efficitur & hanc quæ ex iureiurando est, quacunque de re & actione iuratum sit, quia ex contractu nascitur, esse perpetuam. Hoc & traditum est in *L. nam postea, §. si is qui, hic:* sed alia ratione. Ait enim Ulpianus, si ex temporaria actione iuravero mihi dari oportere, reum qui detulit, tempore ei actioni præstituto ideo non liberari, quia post litem cum eo contestatam perpetuatur adversus eum obligatio: innuens id, quod pro confesso sumit, & verum est, iusiurandum vim habere iudicii & litis contestatæ. *d. L. qui iurasse, in fin. hic, L. sed etsi restituatur, §. ex quibus, supr. de iud.* Unde recte colligit, si iudicio accipiendo perpetuatur obligatio: etiam iureiurando dato perpetuari. Vera est, & recta Ulpiani ratio: sed prior illa certior, & ad totam hanc quæstionem explicandam aptior. Nam & posterior hæc ex illa certior, & ad totam hanc quæstionem explicandam aptior. Nam & posterior hæc ex illa priore pendet, & ab illa certitudinem confirmationis accipit. Cur enim perpetuatur obligatio, lite contestata? nem-

tium hoc venditori solvi debere consequitur. Neque hic agitur actione ordinaria iureiurando adversarii probationem solum suppeditante, ut censet Ilico Ummius *Disp. process. 14. n. 31. sub fin.* Sed immo huic actioni caussa ex iureiurando. Eaque non directa sed utilis *d. L. 13. §. 5.* Ex ea quidem ipsa caussa, super qua iuratum est, verum ita, quomodo & ipse iurans ex eadem agit: ex. gr. uti ille ex empto utilem habet, ita hic ex vendito. Non obstat quod iurans alteri actionem acquirere nec voluit, nec potuit ceq extraneus. Nam resp. facilis ex iis quæ hic Donell. & ex *d. L. 13. §. 5. in fin.*

10) Vid. Seraphin. *Priv. iuram.* 51. Caroc. Q. 22. *principali n. 2. & 3.* Cautelam tradens ut ad hunc effectum in instrumenti fine adponatur delatio iuramenti, ac referatur, quod debitor detulerit creditori iusiurandum isque sibi debere iuraverit. Plane iuramenti firmandæ conventioni adiecti hanc vim non esse monet. Covar. 1. *Var. Resol.* 9. *n.* 7.

nempe quia iudicio contrahitur: obligationes autem ex contractu perpetuæ. *L. 3. §. idem scribit, infr. de pec.* Cur iusiurandum item litis contestatæ instar est? hac ipsa de caussa, quod & iureiurando contrahitur similiter. *d. L. 5. §. si filiusfamilias, de pec.* unde & hinc actio nascitur ad similitudinem iudicati. *L. actori, C. hoc tit.* Summa ergo huius perpetuitatis ratio, ad quam semper referri oportet, in eo est, quod & iudicio & iureiurando contrahitur: unde & actio in personam ex contractu, quam ex regulis iuris perpetuam esse necesse est. Hanc rationem hic adhiberi cum ad confirmationem & certitudinem superioris sententiæ utile est: tum ad dubitationes duas expediendas, quæ hic incidunt, præcipue expedit. Quæsitum est enim, an etsi extra iudicium de actione temporaria actor iuraverit, incipiat hinc quoque reus perpetuo teneri non minus, quam si re in iudicium deducta iurarit auctore iudice. Et quidam putant iudiciali tantum iuriiurando hoc tribuendum esse; extra iudiciali non item. Fortasse ideo, quia absurdum sit, iusiurandum hoc pro lite contestata cedere, ubi nemo iudex fuerit, apud quem posset lis contestari. Sed superiore ratione constituta, omnis dubitatio tollitur. Ut enim quis dicat iusiurandum, quod extra iudicium interpositum est, litis contestatæ instar esse non posse (quod tamen secus est: quoniam ut lite contestata aequiritur actori iudicati actio: sic iureiurando dato, actio in factum ad similitudinem iudicati. *L. actori, C. eod.* de quo paulo post.) Verum ut quis putet hoc dici non posse: attamen hoc constat in iureiurando etiam extra iudicium interposito, præter religionem, etiam conventionem & quasi transactionem inesse, qua a lite discedatur, propter quæ etiam iusiurandum servetur. *L. qui iurasse, in fin. L. iusiurandum a debitore, hic.* Quinimo ex hoc uno iureiurando est illa actio in factum, quæ edicto proponitur. *L. in duobus, §. ult. hic,* atque hanc ex contractu esse constitit. Quod si est: non potest, quin actio ex hoc quoque iureiurando nata, quia ex contractu est, sit & ipsa perpetua. Dubitatum est hic etiam de actione dolo, an si eum, qui mihi tenebatur hac actione, iuraverim mihi ex ea caussa dare oportere, is actione in factum deinceps mihi eo quoque nomine perpetuo teneatur; an vero intra biennium duntaxat, pro natura videlicet eius actionis, quam placet intra biennium solum competere. *L. ult. C. de dol.* Si ad hanc rem expediendam utemur exemplo litis contestatæ, errorem non effugiemus. Sic enim in *d. L. ult.* constitutum est de actione de dolo, placere hanc ita intra biennium tantum competere, ut neque incipere possit post biennium, nec si ante biennium completum cœpta sit, possit post biennium finiri. Qua constitutione efficitur, lite de dolo contestata, si inter moras iudicii biennium exierit, non solum amitti actionem veterem de dolo, sed nec litis contestatione ullam actionem novam actori acquiri, quæ non & ipsa biennio excludatur. Non enim aliter actio ante cœpta post biennium finiri non potest, ut illic cautum est, quam si post biennium exstinguatur iudicium ante cœptum, ut iam nec iudicari res possit, nec iudicati actio actori acquiri. Qua actione sublata, apparet nullam esse actionem novam ante quæsitam, quæ post biennium relinquatur. Itaque si hoc exemplum in iureiurando sequimur, dicendum erit, etsi ego de dolo agens iuravi mihi dari oportere: tamen neque ipsam de dolo actionem perpetuari, neque novam ex iureiurando nasci, quæ producatur ultra biennium: quod posterius falsum est, ut mox liquebit. Contra si dicemus id quod res est, iureiurando statim contrahi, & hinc nasci actionem in factum velut ex contractu: convertetur ratio in contrarium, efficieturque hanc actionem non posse esse, nisi perpetuam, ut est ius actionum, quæ ex contractu nascuntur. Quæ & sententia vera est, tandemque ex regulis communibus iuris retinenda, quoad superior constitutio non obstabit. Ea vero non est contraria: ut quæ de actione de dolo tantum cavet, quam ultra biennium moveri, aut exerceri vetat. Hic autem agitur de actione, quæ vere est ex contractu, & eo contractu, qui sine ullo dolo malo actoris, volente & ultro deferente iusiurandum reo processerit. Cur ergo non similiter obligationem iudicati, quæ, lite de dolo contestata, nata est, perpetuam esse dicimus: cum fateamur iudicio contrahi non minus, eoque & actionem iudicati inde natam esse ex contractu? Quia non similiter litis contestatione contrahitur, ut iureiurando. Iudicio contrahitur obligatio, sed iudicati. *d. L. 3. §. idem scribit, infr. de pec.* Ideo non contrahitur statim litis contestatione; sed sub conditione, ut præstet reus, si iudicatus erit. Proinde ubi res non iudicatur, ibi deficit conditio eius obligationis: quæ ex re fit, ut nec obligatio ulla hic fuisse ex eventu intelligatur. Atqui hoc ita evenit in actione de dolo ex superiore constitu-

ſtitutione, ut lite de dolo conteſtata, ſi biennium præterierit, nullum ſit amplius iudicium, eoque nec poſſit intelligi res iudicata. Conſtitutum id quidem contra regulam communem omnium actionum, qua placet poſt litem conteſtatam perpetuari obligationem; ſed tamen conſtitutum ita eſt in hac actione ſingulari quodam iure, ut actio hæc ex omnibus excipiatur. At ex iureiurando ſemel præſtito ſtatim naſcitur obligatio: quia iam ante præceſſit id factum, unde hæc obligatio oritur. Semel nata ex eventu actori auferri non poteſt. Ideo iuſiurandum non tam liti conteſtatæ ſimile eſt, quam rei iam finitæ & iudicatæ. Nam & perinde habetur, quaſi iudicatum eſſet. *L. ſed ſi poſſeſſori*, *§. ult. hic*. Qua ratione etiam perſpicue efficitur, actionem inde ortam eſſe perpetuam. Nam & in actione de dolo, ſi quis condemnatus eſſet intra biennium, nemo dubitaret, quin actio iudicati iam vere nata, eſſet perpetua. *L. miles*, *§. ult.*
8 *infr. de re iud.* † Reſtat vis huius actionis: de qua commode comprehenſum videtur in *L. actori*, *C. eod.* cum in factum actio ex iureiurando dicitur competere ad [11] ſimilitudinem iudicati. Re enim ipſa eſt huic plane ſimilis. Re dico, non nomine: quoniam iudicati actio certo nomine appellatur; hæc in factum certum nomen non habet, ut ante oſtendi: unde & dicitur in factum. Sed res, ideſt, vis utriuſque eſt eadem. Quod ex iis rebus, in quibus hæc vis conſiſtit, intelligetur. Conſiſtit autem in duabus: in emolumento earum rerum, quas actione conſequimur, & in certitudine atque exſecutione ipſius perſecutionis: de quibus in iureiurando ius
9 idem ſtatuitur, quod in actione iudicati. † Ac primum de rebus quas conſequimur actione in factum, ita definitum eſt in *L. ſed ſi poſſeſſori*, *§. ult. hic*, ſi quis iuraverit hereditatem ſuam eſſe, id eum conſequi debere, quod haberet, *ſi ſecundum eum de hereditate pronuntiatum eſſet*. Id in ſpecie hereditatis exempli cauſſa dictum eſt, ut nihilominus in omnibus aliis cauſſis intelligi idem debeat. Nam & in aliis idem eſt iuſiurandum, & alibi generaliter traditur iuſiurandum inſtar iudicii habere. *L. qui iuraſſe*, *§. ult. hic*. Quid autem contineat hæc definitio, videamus. Et illud quidem certo efficit, conſequi nos debere ex iureiurando res principales omnes, quas vetere & directa actione conſequeremur, ſi conſtaret verum eſſe, quod iuravimus. Ut, ſi iuravi me rem emiſſe, agere poſſum, ut mihi omnia empti propria præſtentur, ideſt, ut res vendita mihi tradatur, & mihi de evictione caveatur. *L. ſi duo*, *§. ſi quis iuraverit*, *hic*. Et in hereditatis petitione, ſi iuravi hereditatem eſſe meam, recte tecum agam & de his rebus, quas poſtea cæpiſti poſſidere. Sic enim fieret, ſi hereditatem meam eſſe iudicatum eſſet. *L. ſed ſi poſſeſſori*, *§. ult. hic*. *L. ſi a te*, *infr. de ex. rei iud.*. Sed non hæc ſola. Iureiurando dato præter res principales, quæ directa actione præſtarentur, ſi vere iuratum eſſet; etiam actor conſequi debet rei principalis, de qua iuratum eſt, acceſſiones, ut fructus fundi, animalium fœtus, ancillarum partus. *L. ſed ſi poſſeſſori*, *verſ. proinde*, *hic*. Loquitur quidem Ulpianus eo loco de eo, qui iuravit rem ſuam eſſe: ut videri poſſit propria ratione fieri, quod fructus ex re percepti ei tribuantur: quia ſi vere dominus eſſet, hos conſequeretur rei vindicatione; cæterum non idem dicendum eſſe, ſi quis in actione in perſonam iuraverit fundum ex ſtipulatu ſibi deberi, quia ſi actione ex ſtipulatu directa ageret, fructus non venireat. *L. videamus*, *§. ſi actionem*, *infr. de uſur.* Sed adiicit poſtea ibidem Ulpianus, quod ad omnem cauſſam pertineat. Ait enim in fine eius reſponſi: ſed & partum editum fœtuſque pecorum reſtituendos conſtat poſt iuſiurandum delatum. Nempe hoc ad ſimilitudinem iudicii & iudicati, cui iuſiurandum comparari diximus. Nam & iudicio conſequeremur non ſolum, quod principaliter petitum eſt, ſed omnem cauſſam. Hæc enim poſt litem conteſtatam præſtanda eſt. In qua numerantur rei acceſſiones, & quodcunque habiturus eſſet actor, ſi tempore litis conteſtatæ res reſtituta eſſet. *L. præterea*, *ſupr. de rei vind.* *L. cum fundus*, *ſup. ſicer. pet.* Et hoc eſt, cur referat dici, poſtquam iuratum eſt, conſequi nos debere, quod haberemus, ſi de ea re ſecundum nos pronuntiatum eſſet; potius quam quod haberemus, ſi vetere actione ageremus, aut ſi vere iuratum eſſet: quoniam vetere actione poſtea agendo, etſi ſatis cauſſa probaretur; tamen non ſtatim conſequeremur fructus ante perceptos, ſed eos qui poſt eam actionem motam perciperentur, qui tanquam cauſſa in iudicium ſequens venirent,

[11]) Ubi utilem actionem iudicati exponit Vult. ad §. 11. *I. de act. n.* 2. *&* 3. Pac. 3. Q. 78. Borch. *b. Tr. C.* 8. *n.* 36. *&* *ſeqq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. ſin. P.* 5. *§. n.* 12.

nirent. *d. L. videamus*, *§. si actionem*, *infr. de usur.* Nunc autem huic in factum actioni vim iudicati tribui cum audimus, hoc intelligimus, exinde ex quo iuratum est, non solum rem ipsam de qua iuratum est, sed & accessiones omnes in præstationem venire: quia in iudicio idem fieret. † Hactenus tamen hac actione ex iureiurando consequimur idem quod consequeremur vetere actione, si de re iudicatum esset, ut excipiantur eæ actiones, quæ inficiando crescunt: qualis est de damno dato ex lege Aquilia. Hoc genere actionis si iudicio agatur, dupli condemnatio est adversus inficiantem. *L. inde*, *§. hæc actio*, *supr. ad leg. Aquil.* ei autem qui iuravit sibi damnum datum esse ad certam summam, seu quid deberi ex ea caussa, placet simpli non dupli persecutionem acquiri. Hoc Paulus ex sententia Pedii differit in *L. cum qui*, *in pr. hic.* Quod quia prioribus adversatur, & ei regulæ, quæ ipso etiam auctore in aliis actionibus omnibus recepta erat, ut qui scriberet iusiurandum instar iudicii habere: *L. qui iurasse*, *§. ult. hic* ne quid temere hic videretur dissentire, ideo eius sententiæ [12] rationem, eamque duplicem reddit. Una est, quod abunde sufficiat exonerare petitorem probandi necessitate: cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat. Optima ratio: dum recte intelligatur. Significat autem non esse æquum, ut ex iureiurando agendo, plura commoda consequatur petitor, quam si directa actione uteretur. Porro legis Aquiliæ actione si experiatur: habet quidem hoc commodum, quod duplum consequitur; sed unum hoc commodum; nullum præterea. Nam pro eo oneratur necessitate probandi. At ex iureiurando agendo hac necessitate exoneratur, dum iusiurandum ita habetur, quasi satis probatum esset. Sit ergo hoc commodo exonerationis contentus, ac simplum tantum hac actione persequatur: ne si etiam duplum petere cœperit, duo commoda auferat, cum sit unum tantum in directa actione. Quod si malit onus probandi in se recipere, ut consequatur duplum: liberum ei est, nec quominus id faciat, superiore sententia impeditur. Cum, inquit, omissa hac parte edicti, sit ei integra dupli actio ex lege Aquilia. Neque enim iureiurando vetus actio, si qua competiit, sublata est, sed potius iureiurando confirmata. Altera ratio est hæc: potest dici, inquit, hoc iudicio non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Non minus hac ratione efficitur, quod vult, siquidem & ipsa recte percipiatur. Habet autem hanc sententiam: cum actione in factum ex iureiurando agitur, non aliud agi, quam ut iusiurandum conservetur. Proinde non debere hoc iudicio plus peti, quam quod in iusiurandum deductum est. Et vero plus peti est absurdum. Nam nec iudicio plus consequi possumus, quam in iudicium deductum erit. *L. ut fundus*, *supr. com. divid.* Cum autem iurat quis sibi ad decem damnum datum esse, non amplius complectitur iureiurando, quam decem. Et propter nec amplius ex iureiurando consequi debet. At enim si principali actione legis Aquiliæ ageret, consequeretur duplum. Respondet Paulus hoc iudicio non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum conservari: innuens, cum de iureiurando agatur, non quid in caussa principali fieret, esse spectandum, sed quid in actione de iureiurando. Quid est igitur, quod dicitur iusiurandum iudicii vim habere, tantumque nos ex iureiurando debere consequi, quantum si secundum nos pronuntiatum esset? Id sic accipi debet: dum cætera sint paria, idest, dum tantum deducatur in iusiurandum, quantum de ea re agendo in iudicium deduceretur. Quod contra fit, cum incidit ea actio, quæ inficiando crescit, de qua nunc agitur. Nam qui exempli gratia, damni ex lege Aquilia iudicio experitur, etiam duplum in iudicium deducit: cum hac actione in duplum agatur adversus inficiantem. *d. L. inde*, *§. hæc actio*, *supr. ad leg. Aquil.* Qui autem iusiurandum defert de damno dato, non ultra defert, quam ut iuret actor, quantum damni datum sit: eoque nec ille ultra ex conditione delata iurat. Proinde nec ultra simplum ex iureiurando potest persequi. Ut autem actione in factum ex iureiurando tantum consequi possumus, quantum haberemus, si directa actione actum, & secundum nos pronuntiatum esset: ita nihil consequimur amplius. Sed qua conditione & iure res habetur, de qua iuratum est,

eadem

12) Ita & Don. noster ad *L. 8. C. h. t. n. 11. ac seqq.* add. Duar. in *Prior. Com. h. t. C. 25. & in Poster. C. 6. Caroc. Q. 27. principali n. 2.* Borch. *h. t. C. 5. n. 18.* Potest autem hic omitti actio ex iureiurando & ipsa: Atque experiri actor, ut suscepta & expedita probatione pœnam inficiationis consequatur *d. L. 30. pr.* verbis *cum omissa.* &c. Caroc. *d. loc. n. 4.* Quod explicat Borch. *d. C. 5. n. 19.* Unde Vultei opinio, quod iureiurando creditoris prior obligatio exstinguatur ut *supr. N. 4.* convellitur.

eadem [13] conditione & iure præstabitur, quasi & de eo indicatum esset. Iuravit quis usumfructum alicuius rei suum esse, vel sibi dari oportere, quateuus duraret actio, si vere usumfructum haberet, eatenus & ei competet; quibus vero casibus amitteretur, non competet. *L. sed si possessori, §. item si, bic*. Iuravit usumfructum pecuniæ sibi legatum; poterit ex eo iureiurando petere usumfructum; sed oblata cautione *d. L. nam si, §. item.* ut fieret videlicet, si vere legatus esset, aut iudicio legatum esse constaret. *L.* 1. 2. 4. *L. si vini, supr. de us. ear. rer. quæ us. con.* Iuravit se creditori ob decem quæ ei debebat, dedisse fundum pignori. Repetet quidem fundum, ut si pignori dedisset; sed non alias, quam si decem solverit, quasi & de eo iudicatum esset, decem deberi creditori, & fundum ob hæc decem teneri. *L. si duo, §. Marcellus,*
11 *bic*. † Illud hoc loco meminisse oportebit, sic nos effectum iudicati tribuere iuriiurando, quatenus id agitur, ut ex utroque aliquid consequamur, quod ad nos redeat, eiusque rei acquiramus persecutionem. Sic enim traditur, posteaquam iuratum est, id nos consequi debere, quod haberemus, si secundum nos de ea re pronuntiatum esset. *L. sed si possessori, §. ult. bic*. Et hactenus recte hæc comparantur, iusiurandum, & res iudicata. Quod si extra emolumentum & persecutionem nostram aliquid senteutia continet, [14] id non item iuriiurando tribuitur: quale est, si quid pertineat ad condemnati pœnam, ut infamia. Hæc multis in caussis sententia irrogatur damnato; at uon item ei adversus quem iisdem de rebus iuratum est. Exempli gratia, notatur infamia, qui me agente furti damnatus est. *L.* 1. *supr. de bis qui not. inf.* Eodem deferente, si iuraverim eum mihi furtum fecisse, nou notabitur: quia nominatim edicto notatur, qui furti damnatus est. Verum est autem non esse damnatum eum, adversus quem nulla est sententia iudicis. *L.* 1. *infr. de re iud.* Denique dicitur in huiusmodi caussis sententia factum notare. *L. palam, §. pen. infr. de rit. nupt. L. infamem, infr. de pub. iud.* Sane si famoso iudicio instituto, iuraverim, deferente reo, & post iusiurandum is damnetur: famosum fieri placet. *L. nam postea, §. si damnetur, bic*. Sed ut prius damnetur ex famoso iudicio exigimus. Cur ergo ex iureiurando non obtinetur, ut reus fiat infamis, uti & cætera iudicati iuranti tribuuntur? Quia ut reus fiat infamis, nihil inde privatim ad nos redit. In iureiurando autem servando, nihil aliud spectatur, nisi ut conventio & transactio, quæ in eo inest, servetur. *L. sed etsi servus, L. qui iurasse, §. ult. bic*. unde solum actio actori, & exceptio reo edicto proposita est. *L. nam postea, §.* 1. *bic*. Sententiæ, præterquam quod suum privatis tribuunt, valent etiam ad delicta hominum coercenda, in hisque servandis publica utilitas versatur. *L. locatio, §. quod illicite, infr. de publican. L. servo, §. cum prætor, infr. ad Treb.* † Cer- 12
titudo actionis [15] ex iureiurando eadem, quæ & iudicati. Ut enim post rem iudicatam nihil quæritur, nisi an iudicatum sit, idque pro omni probatione est, unde & condemnato nihil restat ex edicto, nisi ut pecuniam solvat: *L. post rem, L.* 4. *§. ait, supr. de re iud.* ita iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem, actor autem actionem: quarum in utraque hoc solum quæritur, an alteruter iuraverit, vel cum iurare paratus esset, remissum sit ei iusiurandum. Et in summa post rem [16] iureiurando decisam similiter non aliud quæritur, quam an iuratum sit: remissa quæstione, an debeatur,

13) *L.* 30. *§. ult. h. t.* Et ita exceptiones quæ veniunt ex natura contractus de quo iuratum est, non tolluntur per iuramentum, veluti exceptio pretii non soluti, item quæ contra solidi petitionem, ot teneatur, quatotum facere potest, Vid. Caroc. Q. 4. *quæstionis* 9. *principalis n.* 11. *& seqq.* Duar. in *Prior. Com. h. t. C.* 24.

14) Atqui post iusiurandom actio prior superest ut *sup. N.* 4. Ac certe *d. §.* 2. accipi aliter nequit, quam ubi in famoso iudicio ideo damnatur, quod contra eum iuratum est. Anne igitur ut Don. *infr. C.* 10. *sub fin.* differentia hic inter iusiurandum conventionale, ex quo si postea agatur, non infamis; & delatum in iudicio. Verius puto quod infamis non fiat, lite sine condemnatione omoi decisa. Duar. io *Post. Com. h. t. C.* 6. *&* Borch. *C.* 5. *n.* 20. licet & hic contra Caroc. Q. 21. *principali*.

15) Quapropter ubi iuratum esse coustabat. Prætor actionem oon dabat. Hot. *ad §. item si* 11. *I. de act.* sed ipse reum condemnabat, cum litis contestatio nulla fiat confitendo. Et ita Beust. *in L.* 9. *§. ult. &* 2. *LL. seqq. n.* 1. præter in factum & veterem actionem dari hic tertium remedium, officium, iudicis, pro exsequenda sententia. Quod remedium tutius, cum oon requirat oovum iudicium ac processum. Atque hoc est quod vulgo, iuramentum habere exsecutionem paratam, de quo vide Caroc. Q. 20. *principali*, Roder. Suarez. *in Lectura L. post rem* 56. *de re iud. Notabili* 2. Parlador. 2. *Rer. Quotid. §. fin. P.* 1. §. 3. Pac. 3. *Enant.* Q. 80. Gilken. *in L.* 8. *C. h. t. n.* 11. Gutierez *de Iuram. confirm. P.* 1. *C.* 62. Iacob. Schult. *Obs. Forensi* 3. *n.* 118. Coler. *de Process. exsecut. P.* 3. *Cap.* 2. *n.* 12. ubi, post alios quos refert, iuramentum etiam extraiudiciale redactum in scriptis, & liquidæ probationis, modo ad delationem rei præstitum sit. (confer. *Not. supr. C.* 9. *N.* 4. *in fin.*) mereri paratam exsecutionem non minus ac sententiam (etsi quoad hoc dissentit Suarez *d. Notab.* 2. *n.* 8.) ac post Curtium testatur de communi. Quo & proclivior est Gilken. *d. loc.* quia *d. L.* 56. indistincte concepta, sententiam tamen condemnatoriam, ast omissa alia inquisitione ac solemnitate, requiri statuit.

16) Caroc. Q. 1. *Quæstionis* 20. *principalis* Rod Suar. *d. notab.* 2. *n.* 2: Ubi *n.* 3. uti sententia secunda non tenet contra primam, quia illa inducit notorium, ita nec, quæ contra iusiurandum tenere. Contra statuit Caroc. Q. 1. *Quæstionis* 12, *principalis*.

tur, quasi satis probatum sit iureiurando. *L. nam postea*, §. 1. *L.* 5. §. *dato, hic. d. L. post rem, de re iud.* §. *item si quis postulante, Inst. de act.* Quæ res facit, ut ei, cum quo ex iureiurando in factum agitur, id solum relinquatur, quod iudicato: nempe ut quod si vere iuratum esset, deberet, id præstet. Hac lege tamen, ut si tempus ad solvendum petet, ei idem dari debeat, quod reis post condemnationem indultum est. Idem enim fieret, etsi quis edita sibi actione fateretur se debere, & tempus peteret ad pecuniam solvendam. *L. si debitori, supr. de iud.*

C A P. IX.

Iusiurandum nullo prætextu retractari posse, præterquam tribus in caussis. Tum de variis effectibus iurisiurandi.

S U M M A R I A.

1. *Iusiurandum retractari posse, si specialiter hoc lege excipiatur, idest, conventione delati iurisiurandi & exposita.* L. 1. C eod.
2. *Posterius iusiurandum servandum fucit, si est contrarium, ut prius non servetur.*
3. *Retractari iusiurandum posse ex caussa legati.*
4. *Iusiurandum non est transactio, & quid sit quod dicitur continere speciem transactionis.*
5. *Iusiurandum ratum esse, quisquis iuraverit etiamsi servus aut pupillus.*
6. *Quacunque de re, quacunque in caussa iuratum sit, ratum.*
7. *Nec periurii prætextu iusiurandum retractari posse.*
8. *Periurii pœna: &* L. 2. C. eod. *explicata.*
9. *Iurisiurandi effectus varii expositi.*
10. §. *Iulianus.* L si duo, hic, *explicatus.*

POstquam quibus modis servetur iusiurandum ex edicto, tenemus: reliquum est, ut sicut erat propositum, cognoscamus, quod ad omnem vim iurisiurandi in commune pertineat, an his modis servetur sine exceptione: idest, an ita ratum sit iusiurandum extra iudicium interpositum, ut nullo modo possit infirmari, aut retractari: tum qualia sint ea, quæ præter ea quæ diximus, de vi iurisiurandi hoc titulo tradita legimus. Et cum certæ sint conditiones edicto comprehensæ, sub quibus prætor exceptionem aut actionem pollicetur: apparet, dum hæ concurrant, iusiurandum sine alia conditione aut exceptione a prætore servari. Quod confirmans Ulpianus de sententia edicti in universum ita definit in *L.* 5. *hic.* omne omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis (intellige, qui iure velle potuit) sibi iurari, idoneum esse, & si ex eo fuerit iuratum, esse servandum. Cui consequens est, quod de retractatione quærimus, quodque alibi traditum est apertius, ut caussa iureiurando decisa [1] non possit retractari. *L.* 1. *C. eod. L. admonendi, in fin. hic.* Sed tamen neque hoc perpetuum est, & multæ caussæ incidunt, propter quas videatur retractari posse: ut vel utroque hoc nomine nobis superior constitutio separatim fuerit attingenda. Iusiurandum non semper ratum est, sed & id quandoque licet retractare. Ut liceat, tria faciunt: alias conventio & lex iurisiurandi delati; alias posterius iusiurandum inter easdem personas de eadem re interpositum; interdum & caussa, de qua iuratum est. † Conventio [2] delati iurisiurandi id præstat, 1
cum

1) Qua de re tractant Duar. in *Prior. Comm. hoc tit. Cap.* 27. Caroc. de *Iuram. lit Decis. Quæst.* 2. 3. & 4. *Quæstionis* 9. *principalis* & *Quæst.* 10. *principali* Coras. in *dict. L. admonendi* 31. *P.* 1. *n.* 45. & *seqq.* Beust. *ibid. n.* 124. *ac seqq.* Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 4 *gl.* 1. Reusner. *Lib.* 3. *Decis.* 1. A. Fab 10. *Err. Prag.* 5. Convenit *Nov. Elect. Sax.* 15. *P.* 1. ubi Moller. Quare nec ei qui detulit, appellatio a sententia iuxta iurantem pronunciata *L.* 12. §. 3. *C. h. t.* ubi ratio. Quod item & in referente obtinet, Nam & ia defert. Vid. *supr. Civil. Commentar. C.* 3. *N.* 5. Atque ita ius in iureiurando ab adversario delato. Aliud in necessario, ut *infr Cap.* 11. *N.* 28. Aliud in delato auctoritate legis statuti, caventis forte ut in caussis damni dati stetur iuramento damnum passi. Hic enim recipitur probatio contraria Tiraq de *Retr. lignag.* §. 4. *gl* 1. *n.* 1. & *seqq.* Caroc. *Q.* 4. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. & 10. & *Decis.* 12. Seraphin. *Priv. Iuram.* 102. *n.* 15. & *seqq.* Caussa iureiurando antea decisa si ea rescripto principis alteri commissa, iudici exceptionem iurisiurandi ac cognosci de veritate, ut commissio aliquid operetur, ea Alc. *Cons* 301. refert. Meno. 1. *Arbitr. Q.* 50. *n.* 4. qui huius decisionem inde pendere recte censet, an principi tollere ius quæsitum liceat.

2) Eodem modo Donell. ad *d. L.* 1. *C. hoc tit. n.* 18. & *seq.* & *ad* §. 11. *I. de act. n.* 4. Cui convenit Seraphin. *Privil. Iuram.* 102. *n.* 27. Et faciunt huc quæ tradunt Rainal. Cors. 1. *Indagat.* 9. & Fortun. Garcia ad *L.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pact. n.* 31. *p. m.* 590. Delrio ad *L. contractus* 23. *de R. I. Cap.* 19. *toto* ubi cur & quomodo conventiones leges dicantur. Atque ita vocula *lege* sumpta pro conventione iungitur excipiendi verbo in *L.* 77. *de contr. empt* Forsan tamen verius extrema illa verba *d. L.* 1. non esse auctoris Antonini, sed a Triboniano adiecta, respiciente ad *L. ult. C h. tit.* Cuiac. 13. *Obs.* 35. *in fin.* Hot. 6. *Obs.* 26 Borch. de *Iurei. Cap.* 8. *n.* 50 ac. Ant. Fab. 19. *Prag.* 5. *in fin.* Quomodo & Duar. in *Pact. Com. Cap.* 7. ac Caroc. *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. verba illa accipiunt.

cum hac lege iusiurandum delatum est, ut si pareret iurantem peierasse, retractandi iurisiurandi potestas esset. Sic interpretor *L.* 1. *C. eod.* ubi cum dictum esset caussam iureiurando decisam nec periurii praetextu retractari posse, additur haec exceptio, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*. Hic magno consensu legem interpretantur omnes constitutionem: ut sit sensus, non retractari iusiurandum, nisi hoc excipiatur specialiter aliqua constitutione. Quod defendi in eo rescripto non potest, sive constitutionem eiusmodi aliquam praesentem intelligas, sive futuram. Id enim est Antonini Imperatoris. Legem praesentem sine dubio non intelligit. Primum quia eius temporibus nulla lex fuit, quae concederet iusiurandum retractare, ut paulo post ostendemus, apparetque ex *L. admonendi*, *in fi. hic.* Deinde quia si esset aliqua eiusmodi, dicere debuit esse aliquam, & simul quaenam esset, & qua de re, exprimere. De his enim quaerebat consultor, atque in his de iure suo certus dimitti postulabat. Quare & de his respondere debuit Antoninus: quod ni faceret, nihil plane ad quaestionem responderet. Atqui de his nihil respondet, si dicit iusiurandum retractari non posse, nisi constitutione aliqua excipiatur, ut liceat. Hac enim conditione non affirmat esse aliquam; cum conditio nihil ponat. *L. si quis sub*, *infr. si quis omis. cau. test.* Tantum significat, si sit aliqua, secundum eam iusiurandum posse retractari. At de eo nec quaerebatur, nec quisquam etiam dubitabat. Certi enim iuris est, ut iusiurandum servatur legibus: sic & legibus contrariis effici posse, ne servetur. *L. de quibus*, *in fi. supr. de legib.* Ita fieret ex hac interpretatione his stultum rescriptum: & quod omitteret id, de quo consultatio erat; & quod de aliis respondens, hoc amplius rem minime dubiam diceret. Legem autem futuram multo minus intelligit Antoninus. Etsi enim potuit post eius illud rescriptum aliqua constitutio incidere; tamen id futurum esse divinare non potuit. Atque ut posset, quid ad rem pertineret de lege futura respondere? Quaerebat enim consultor sine dubio de iure suo praesente; quid autem postea futurum esset, neque quaerebat, neque etiam laborabat, quia eius nihil interesset. Quin etiam quaeri stultum putaret, quod intelligeret explicari non posse. Restat igitur id, quod est in significatione verbi proximum, ut legem accipiamus hoc loco pactum & conventionem delati iurisiurandi: quo modo legis verbum, item verba illa, *in lege*, a veteribus usurpari solent. *L. in lege*, *L. fistulas*, *infr. de contr. empt. L. legem*, *C. de pact.* & innumeris locis similibus. Ut sit sententia: caussam iureiurando decisam nec periurii praetextu retractari posse: nisi hoc, nempe ut retractare liceat, specialiter & nominatim excipiatur *lege*, id est, pacto & conventione iurisiurandi delati: id est, nisi delatum sit iusiurandum hac conventione, ut si postea probaretur adversarium peierasse, liceret caussam retractare. Si quaeritur, quam recte hoc excipiatur, in promptu est. Nam & iusiurandum, & huius retractatio est de re privata: ac de re privata quodcunque pactum ad defensionem iuris nostri interpositum ex alia parte edicti servandum est. *L. iuris*, *§. sed cum nulla*, *§. ait*, *§. si paciscar*, *supr. de pact.* neque hoc quidquam aequius, eum id agatur, ut fides servetur. *L.* 1. *eod.* Sed an non adversetur exceptio huic edicto, dubitari potest. Generaliter enim praetor, & sine exceptione, si conditione delata iuratum sit, reo exceptionem, actori actionem pollicetur. Et est omnino contra verba haec 3 exceptio: alioqui ne exceptio quidem esset. Sed est ex praetoris & edicti sententia: ut proinde videri debeat etiam ex edicto. *L. nominis*, *§.* 1. *infr. de verb. sig.* Vult enim praetor servari iusiurandum. At quamobrem? Propter religionem quidem; sed maxime propter conventionem & transactionem: proficisciturque omnino ex conventione, ut veteres tradiderunt. *L.* 2. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, *§. ult. hic.* nec temere tradiderunt. Apparet enim servari ex edicto propter conditionem delatam. Haec cum defertur, & ex conditione delata iuratur ab adversario eo animo, ut per hoc a lite discedatur, habet ea res manifestam conventionem, & in conventione speciem transactionis. Est autem absurdum, & plane contra mentem praetoris, quod ipso auctore non nisi ex conventione valeat, id tueri contra conventionem. Sed si iam olim etiam temporibus Antonini recepta fuit haec exceptio; an non male Ulpianus, qui vixit postea, definivit hoc modo sine exceptione, omne omnino licitum iusiurandum esse servandum? in *L.* 5. *hic.* Minime: addidit enim iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari: qua adiectione etiam superiorem conventionem excepit. Qui enim ita detulit iusiu-

3) Et hic si se reus tueatur exceptione iurisiurandi, ea replicatione pacti. Don. ad *d. L.* 1. *n.* 20. *in fin.*

iusiurandum, ut vellet id non servari, si postea de periurio constaret, aperte per eiusmodi iusiurandum sibi iurari noluit. Nec minus hanc exceptionem admittunt illæ sententiæ veterum; quantumvis, ut videntur, generales: si iureiurando inter litigatores transactum sit negotium, non concedi eandem caussam retractare: *L. admonendi, in fi. hic.* Item, post rem iureiurando decisam nihil amplius quæri. *L. post rem, infr. de re iud.* Iureiurando enim hac lege delato, ut de periurio quæri liceat, recte dicetur non esse omnino trans-
2 actum negotium hoc iureiurando: non esse litem iureiurando plane decisam. † Posterius iusiurandum inter eosdem interpositum facit, ut prius iuranti non prosit, cum ambo litigatores de eadem re diversis temporibus, invicem altero deferente, contraria iurarunt. Finge reum extra iudicium actore inferente iuralle se dare non oportere; deinde actorem, reo deferente, dari sibi oportere, vel contra. Placuit posteriorem caussam iurisiurandi potiorem habendam. *L. in duobus, §. ult. hic.* quo declaratur simul ei qui prius iuravit, iusiurandum non servari. Hanc exceptionem necessitas peperit, & sententia edicti. Utrumque iusiurandum auctori suo servandum esset, si posset. Sed quoniam non potest simul servari utrumque, res cogit, ut aut neutrum servetur, aut servetur alterum dumtaxat. Neutrum servari est contra edictum. Alterum igitur servandum. Sed cur placet potius servari posterius? Quia & in pactis novissima servari placet, quoniam inter contrahentes, id actum est. *L. pacta novissima, C. de pact.* Iusiurandum autem inter litigatores valet & ipsum ex conventione, *L. qui iurasse, §. ult. hic.* Addit Paulus in *d. L. in duobus, §. ult.* nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor iuraverit. Occupatio est adversus tacitam obiectionem huiusmodi. Diceret enim aliquis nec posterius iusiurandum hic servandum, quoniam ius vetat quæri de periurio eius, qui iuravit; *L. quod si, supr. de dol. L. post rem, infr. de re iud.* multo ergo magis & de periurio iudicari, idest, præiudicium fieri, quod iuranti noceat, Non licet igitur hic quæri de periurio eius, qui prius iuravit. Concedit Paulus: sed in proposito id metuendum esse negat, quamvis posterius iusiurandum servetur: quia id ita servatur, ut de iureiurando prioris nec quæratur, nec iudicetur; sed quæratur solum, 4 an posterior iuraverit. Solum hoc, inquam, an iurarit; non autem an iurarit vere an falso. Potuit autem ipse falso iurare, ut potius ipse peieraret, quam prior. Sed enim Ulpianus generaliter ita definit, omni omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, esse servandum. *L. 5. in pr. hic.* quæ definitio facere videtur, ut priori quoque adversus posteriorem servandum sit. Sed definitio quantumvis generalis sic accipienda est, ut servandum sit volenti in eo perseverare. Recessit autem ab eo prior, qui adversario detulit, ut contrarium iuraret. † Ex caussa iusiuran- 3
dum retractari potest in caussa legati & fideicommissi. Hanc enim ex omnibus excepit Iustinianus in *L. ult. C. eod.* de qua ita constituit, ut si quis deferente herede iuraverit sibi quid relictum esse testamento, quod latebat, ac probetur postea id relictum non esse, ius sit heredi quod dedit, repetere, contempto iureiurando: addita hac ratione, *ne legatario ex huiusmodi periurio lucrum accedat*; & in extremo: *ne cui ex delicto impium sibi lucrum adferre concedatur*. Atqui ex cæteris caussis non minus ex delicto & periurio iniquum lucrum facit, qui peierat, si de periurio eius quæri non licet. Ideo 5 certior huius differentiæ ratio vulgo quæsita est, & hæc redditur, quod iusiurandum speciem transactionis contineat; *L. 2. hic.* De his autem controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, placeat transigi non posse nisi inspectis & cognitis verbis testamenti. *L. de his, supr. de transact.* Sed si hæc ratio foret: nihil opus fuerat in iure certo Iustiniani constitutione; quæ tamen una est ex decisionibus Iustiniani edita cum reliquis ad ius novum inducendum, vel dubium confirmandum. † Et certe iusiu- 4
randum ut distinguitur nomine & titulis a transactione: sic re vera transactio non est. Transactione enim de lite deciditur, idest,

4) Non posterioris caussa potior quod vere, sed quod posterius iuraverit. Duar. in *Prior. Comm. h. t. C.* 22. Et alias quoque secunda dispositio iurata prævalet priori æque iuratæ, nisi prius iuramentum principaliter præstitum in favorem alterius. Ioan. Gutierrez. de *iuram. confirmator. P. 1. C. ult. n.* 3.

5) Sic Duar. in *Prior. Comm. ad h. t. C.* 27. ac Sich. ad *d. L. ult. n.* 2 Fachin. 1. *Con.* 23. *in fin.* Boreh. *C.* 1. *n.* 31. Et impugnationem Donelli impugnat Gilken. ad *d. L. ult. n.* 3. quia sæpe ad tollendam dubitationem ex re non probe percepta ortam, novæ constitutiones latæ *L. ult. C. de ind. vid. toll.* Nec immerito hic Iustinianus definivit an par iurisiurandi in proposito atque transactionis ius sit. Verum & istam rationem recte refellit A. Fab. 10. *Err. Prag.* 5. quia *d. L. ult.* non negat quin iusiurandum super legato initio valeat, priusquam de periurio constat. Transactio autem plane non tenet.

Ideſt, ita diſceditur a lite, ut neque actor totum remittat, quod petit, neque etiam totum accipiat. *L. transactio nullo dato, C. de transf.* At iureiurando ſic lis deciditur, ut ſi actor iurat, totum accipiat, quod petit, ſi reus, totum ei remittatur. Unde in *d. L. 2. hic*, non dicitur [6] iusiurandum ſpecies eſſe transactionis, ſed transactionis ſpeciem continere, ideſt, ſimilitudinem & inſtar transactionis in ſe habere: quia ſcilicet conſenſu a lite diſceditur in iureiurando ſimiliter, ut in transactione: & hactenus iusiurandum transactioni ſimile eſt, ac transactionis vim habet. Non eſt neceſſe [7] aliam rationem quærere, ſi quæ a Iuſtiniano reddita eſt, ſuf-

6) Ita Duar. ad *tit. D. de Rec. Arb. f.* 149. *col.* 2. ſicut Cicero dicit, ſpeciem regulæ habet ac Cattellia. Cotta in *Memorab. v. Iuramentum*. Forcat. *Dial.* 46. *n.* 3. Licet ſi transactio latius accipiatur *d. L.* 2. pro deciſione ac terminatione, controverſiæ, ſpecies proprie accipi poſſit, ut notavi *ſupr. Civil. Commentar. Lib.* 17. *Cap. ult. N.* 10.

7) Ita & Donel. *ad d. L. ultim. n.* 4. Ac iua hic ſingulare cum eo agnoſcunt Duar. *in Prior. Comm. h. titul. Cap.* 17. *& in Poſter. Cap.* 7. *fol.* 871. Bronch. 2. *Ax.* 26. Seraphin. *Privil. Iurament.* 102. *n.* 10. (ubi *n.* 12. *& ſeq.* nec ſi evidenter ac manifeſte peieratum conſtet, rem deciſam retractari) & DD. Comm. Contra tamen Gilken. *ad d. L. ult. n.* 4. qui evidentiam rei quæ oculis obverſetur, & monumentorum horum incorruptam fidem cauſſam deciſioni huic dediſſe, non autem favorem ultimorum elogiorum, cum quiſque iuri ſuo recte renunciet *L. penult. Cod. de pact.* Et Caroc. *Q.* 2. *Quæſtionis 9. principalis n.* 9. idem in ſimilibus obtinere, cum per meram inſpectionem evidentis ſcripturæ peieratio liquido apparet. Quia ait, *d. L. ult.* non innititur favori teſtamenti, ſed quia *manifeſtum eſſet factum*. Quare & alia cauſſa iureiurando deciſa retractatur per ſcripturam authenticam, ut ſi iuraſti tibi 100. debita, & contra patet ex chirographo. Convenit Ant. Fab. 19. *Error. Prag.* 5. qui ita: Nihil hic ſpeciale, nec ratio in favore ultimarum voluntatum. Sed ratio Imp generalis *d. L. ult.* Retractationi itaque locus, quoties ex ſola inſtrumenti unius editione apertiſſime liquet de periurio: Seu ſi tota periurii probatio novorum inſtrumentorum fide concludatur. Ex. gratia Petii 100. iuraſti tibi non fuiſſe credita: Poſtea repertum chirographum. Periurium evidens. Quod ſi iuraſſes te non debere, aliud foret. Quia Chirographum non probat te nunc debere, ſed debuiſſe, Poteſt autem eſſe quod ſolveris. Quare hic ſpectanda Iudici conceptio iuriſiurandi, ut ſciat an ſuper tota cauſſa debiti iuratum ſit *L.* 13. §. 2. *&* 3. *L.* 28. §. 2. *&* §. 8. *L.* 36. *L.* 40. *h. tit.* Neque reſiſtit comparatio transactionis ac rei iudicatæ. Quia immo adhuc plus tribuitur iuriiurando. Quivis enim dolus iuſta cauſſa reſcindendæ transactionis. Hic autem non ob quemlibet dolum de periurio quæri poteſt. Et adverſus rem iudicatam quoque reſtitutio ex cauſſa datur propter nova inſtrumenta non ſolum in negotio Reip. *L.* 35. *de re iud.* aut pupilli *L.* 3. *C. de iure Reip.* ſed & inter privatos. Et ſine inſtrumento ſi dolo circumventa iudicantis religio *L.* 33. *de re iud. L. ſi prætor*, 75. *verſ.* Marc. *notat. de iud.* Ita Ant. Fab. volens nihil hic proprium iuriiurando neceſſario eſſe. Cumque et obſiſtat *L.* 31. *D. hoc tit.* eam *a verſ. ſed hæ conſt. uſque ad finem*, Triboniano adſignat (1) quia verba *videatur locum habere*, arguant, Conſtitutiones indiſtincte loqui de cauſſa iureiurando deciſa: proinde ad unam ſpeciem neceſſarii iuramenti non coanguſtandæ (2) Quia Caius non ita dubie ſcripſiſſet, *videntur* ſed certiore iuris ſcientia *locum habent* (3) Quia verba, *cum a iudice quis abſolutus*, inepta, ſi de iureiurando ſolum neceſſario Conſtitutiones locutæ; tum quia & poſt iudiciale iuramentum delatum iurans abſolvitur; tum quia & actori deferri poteſt neceſſarium. (4) *Verſ. quod ſi alias*, non exprimit de quo iureiurando ſentiat. Nam in iudiciali, etſi pariter transactum dicatur, non tamen inter litigantes, ſed auctoritate iudicis. (5) Quia *retractare cauſſam* inelegans locutio. Caius dixiſſet, *ex integro agere*. Ita Faber refricata quaſi in pluribus Chriſtophori Caſtellionei doctrina quam refert; & ab omnibus improbari memorat Coraſ. *in d. L. admonendi P.* 2. *n.* 11. ipſeque haud multum ab ea abludens. Aſt ſcire equidem velim qua re quave ratione impulſum Tribonianum tantum verborum adſuiſſe in *d. L.* 31. putet Faber. An non ſi Conſtitutiones Principum generales fuiſſent, quaſque ipſe de neceſſario ſolum iuramento intellectas vel ad id reſtrictas voluit, id alio modo efficere licuiſſet, nova conſtitutione promulgata Principis ſui nomine. Quam vero inſectandi ſtudio in præceps fuit Faber (1) v. *videntur*, modeſtiæ eſt. Vid. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. n.* 8. *in fin.* Boreb. *h. t. C.* 8. *n.* 58. eoque uſitatiſſimum Conſultis *locis infinitis ferme*. (2) Conſtitutiones de neceſſario ſolum iureiurando locutæ. Aſt hoc dubium erat, anne ad alias ſpecies protrahendæ, anne in iiſdem eadem ratio. (3) Abſolutionem exempli cauſſa ponit, Caius, quia crebrius eſt hoc iusiurandum reo deferri ut *infr. C.* 11. *N.* 22. (4) Planumque eſt *d. verſ. quod ſi alias*, ad iusiurandum quoque iudiciale pertinere, tum quia in eo oppoſitio iuriſiurandi exacti a iudice & quo transigitur, tum quia in iudiciali ipſæ vere partes transigere videntur, ut probat *L.* 21. *de dolo* num nulla deferendi neceſſitas ſit, &c. (5) Denique *retractare* cur vox illatina, cum ipſe Cic. 13. *Epiſt. ad Atsic. Ep.* 25. retractationem dixerit. Et ita in *L.* 1. §. 5. *Ne de ſtatu* defunct. *ſtatus non retractandus*. Ac *retractare ſententiam* Imp. Gordian. ICtis fere coævus dixit *L.* 1. *C. Sent. reſcindi* ac Imp. Alexand. *retractare contractum L.* 4. *Cod. de uſucap. pro empt.* Sed & in ipſa principali opinatione Fabri non levia incommoda. Neque ille vim argumentationis a ſententia & transactione ductæ recte diluit, aptove retorquet. Generale enim & regulare eſt, quod neque ſententia neque transactio per nova inſtrumenta retractetur, etſi exinde iniuſtam ſententiam eſſe, vel inique transactum appareat. Et quod de republ & pupillo ſtatutum eſt *ſupr. dd. LL.* eo ipſo conſtat ius ſingulare eſſe. Quorſum enim illis ſpeciatim tribueretur, ſi in aliis idem ius eſſet. Quod vero ſententii ex falſa cauſſa, falſis inſtrumentis vel allegationibus lata, reſciſſioni obnoxia *d. L.* 33. *d. L.* 75. id huc haud rite, ſed perperam applicatur. Quippe hoc largiendum & ex falſo iureiurando latam ſententiam reſcindi, quoties ſcilicet iuxta aliquem iudicatum, quia & quaſi iuraverit, quem poſtea apparet nec iuraſſe unquam. Sic enim ſolum, non aliter vera eſt collatio. Falſa cauſſa, inſtrumentum, allegatio, non eſt cauſſa, &c. *L* 221. *de V. S.* Iusiurandum quo ſciens fallit & peierat, non minus eſt iusiurandum. Siquidem nec de ſubſtantia ſacramenti eſt veritas aſſertionis, ſed obteſtatio divina. Etſi peierans non verum iurat, non minus tamen iurat, quia licet falſum ſit, de quo iuravit, tamen verum eſt, eum iuraſſe, neque de facto ſolum, ſed & ſi ius ſpectamus quod hoc iusiurandum tuetur *L.* 5. §. 2. *hoc tit. L* 21. *de dolo*. Nec peieratio concinne dicetur *falſum iusiurandum* ita ut falſus tutor, falſum inſtrumentum. Nam quod falſum eſt, perinde habetur ac ſi non ſit, nullumque penitus iuramenti habet effectum. Contra falſum iusiurandum, & rectius dici aliquando poterit, etſi verum ſit id de quo iuratum eſt, ut ſi improbatæ religionis *L.* 5. §. *pen. h. t.* quod non ex conditione delata præſtitum, ut per præc. capita. Sicuti & falſus tutor non minus, etſi utiliter forſan adminiſtret. Paucis. Verum eſſe poteſt iusiurandum (eo nempe modo ut expoſui) etſi non verum ſit id de quo iuratum eſt; & contra falſum aut nullum iusiurandum, etſi verum ſit id de quo iuratum eſt. Sicuti in ſimili. Vera ſententia, etſi contra ius partis lata, reum inique condemnet. Contra falſa ſententia, quæ non rite & iuxta ordinem iudiciorum lata, etſi condemnationem habeat non iniquam. Enimvero & ea quæ *infr. N.* 10 & in his maxime *d. L.* 21. *de dolo*, opinionem Fabri penitus convellit. Dicitur enim aperte, ſi ex delatione iuratum, *periurio adprobato* indiſtincte, quocunque modo, *ſtari religioni debere*. Nec Labeo notatur illic, quod ad periurium quaslibet probationes, etiam per teſtes reciperet, ut A. Fab. vult, ſed quod omnino aliquam, cum nulla ſit recipienda. Denique *d. L. ult. C. h. tit.* non ad facti ſpeciem propoſitam reſcripta, ſed generalis ad præfectum prætorio. Valeat itaque hic ratio ea qua in ſimili utitur A. Fab. 7. *Conſ.* 14. Quin quod in hac ipſa legati cauſſa *dubitatam* dicit Iuſtinianus, inde manifeſtæ falſitatis convincitur quod Faber contendit, conſtitutiones Principum *de quibus d. L.* 31. *D. h. t.* ad iusiurandum quoque iudiciale & voluntarium pertinuiſſe. Nam ſi ita eſſet, non modo in legati, ſed nec in alia cauſſa dubi-

ſufficit. Et vero aliam quærendo, hoc ipſo maxime declaramus, non ſufficere, nec eſſe idoneam: quod ſecus eſt, ſi recte expendatur. Non enim dicit Iuſtinianus ſe improbare iuſiurandum in hac ſpecie, ne legatario lucrum ex periurio accedat: quæ ratio ad cæteras quoque cauſſas, in quibus quis peieraſſet, pertineret; ſed ne accedat lucrum *ex huiuſmodi periurio*. Cuiuſmodi autem? nempe quo iuratur adverſus iudicium & voluntatem defuncti. Ex quo apparet Iuſtinianum hic ſtatuere, quod ſit proprium huius cauſſæ, nec ad alias poſſit referri: neque enim aliis in cauſſis qui iurant, iudicium ſupremum defuncti ementiuntur. Cur autem hic potius iuſiurandum improbetur, ſi quis amplius quærat, addenda erit ratio poſterior, quæ rem magis explicat: ne, inquit, ex delicto impium lucrum ſibi legatarius afferat. Non dixit, ne lucrum, ſed ne impium lucrum: ſignificans impium lucrum eſſe, quod hic proponitur, & ob id improbandum. Recte impium duabus de cauſſis; primum quia ex periurio: deinde quia pium & humanum eſt, atque adeo Reipublicæ intereſt, ſupremas teſtantium voluntates ſervari. *L. 1. C. de ſac. ecc. L. vel negare, infr. quem. teſt. ap.* adverſus quæ fieri manifeſtum eſt, ſi quis tanquam ex ſuprema voluntate defuncti ſibi defendat, quod ille datum minime voluit, improbo præſertim & periuro. Ita in cæteris cauſſis iuſiurandum ſervatur adverſus deferentem, quia illius ſolum res agitur, potuit autem iuris ſui perſecutionem deteriorem conſtituere, ut voluit. *L. pactum, ſupr. de pact.* Hic non ſervatur, quia magis defuncti ratio habetur, is autem non detulit.

His exceptis, manet ius edicto conſtitutum, iuriiurando ſtandum eſſe, ſive reus ſive actor adverſario deferente iuraverit. Sed tamen quædam res afferunt dubitationem, ut quamvis nihil hic ob eas res mutetur: tamen ne quis putet mutari, & in eo labatur, earum rerum dubitationi occurrendum ſit, ut & a iuris auctoribus diligenter factum videmus. Naſcitur autem dubitatio aut ex perſona iurantis, aut ex re, de qua iuratur, aut ex delicto & periurio ipſo iurantis. De perſona deferentis ideo hic non quæritur, quia ante effectum eſt ex edicto, non aliter ratum eſſe iuſiurandum, quam ſi is detulerit, qui & deferre potuit. Neque vero omnes deferre poſſunt, ut in deferentis perſona multum intereſt, quis deferat: de quo ante ſuo loco diximus. Nunc quærimus de his, quæ iure nihil obſtent iuriiurando: iuſta tamen aliqua de cauſſa videri poſſint obſtare: cuiuſmodi ſunt tria illa quæ propoſuimus. † Quæro igitur, nihil ne refe- 5 rat, quis iurarit. Quid enim, ſi ſervus iuravit ſe aut dominum non debere? Servi quod ad ius civile attinet, pro nullis habentur. *L. quod attinet, infr. de reg. iur.* præterea iuſiurandum inſtar iudicii obtinet. *L. qui iuraſſe, §. ult. hic.* Cum ſervis autem iudicium conſiſtere non poteſt. *L. ſervus, C. de iud.* Quid, ſi mulieri iuſiurandum delatum erit? Quid, ſi pupillo? Conſtat iſtos non æque rem intelligere, ut alios, nec ita poſſe liquido de re affirmare. Et traditum eſt nihil 8 referre, quis iuraverit: ſervus, an liber; mas, an fœmina; pupillus, an maior annis. Sibi enim imputare debere eum, qui detulit: æquum eſſe ſervari iuſiurandum adverſus eum, qui eo, cum deferret, contentus fuit. *L. ſi ſervus, L. qui iuraſſe, hic.* Nam quod dicitur, ſervos pro nullis haberi: non ad factum, ſed ad ius quod inde

dubitari ſine ſacrilegii reatu potuiſſet *L. 3. C. de crim. ſacr.* Cæterum in ipſa quoque legati cauſſa, neceſſe eſt ut ex ipſis tabulis de periurio conſtet. Nec per teſtes id probari poterit. Quid enim ſi alio teſtamento ſit relictum? quid ſi cum legatum id relinqueretur, non attenderint teſtes, aut id memoria non hæſerit. Don. ad *d. L. ult. n. 6. &* Gilk. *n. 5.* Nam & teſtibus hinc inde conquiſitis, pretiove conductis, periurii probationem comminiſci, & probi fortaſſis viri religionem perſtringere heres poſſet, ut hoc recte A. Fab. *d. Err. 5.* Plane ſi confeſſio iurantis deciſionem ſequuta, poſt alios Iaſon in *L. 13. h. tit. n. 7.* eam ipſi obeſſe, ac prodeſſe adverſario voluit, ceu refert Moll. ad *Nov. Elect. Sax. 15. P. 1. n. 5.* (add. Caroc. *Q. 5. 10. Quæſt. princ.*) Qui licet hoc apud nos vix admitti putet, ſi tamen in ea perſiſtat, nec errorem aliudve alleget, ratio omnino facit ne a Iudice audiatur, quippe propriæ turpitudinis aſſertor. Pone; Iuraſti, me deferente, te mihi nihil debere. Conventus producto chirographo tuo excipis. Fateor me debere, me iniuſte iuraſſe, quia tamen iuravi, abſolvi debeo. Quis æquus Iudex de malitia tam aperte confeſſum abſolvet? Alia longe ratio confeſſionis præcedentis ipſo chirographo contentæ. Poteſt enim eſſe ut confictum id ſit, ut ſimulate contractum ſit, utve ſpe recipiendæ pecuniæ iſtud datum. Neque tamen quidquam tale probari a reo qui iuravit, oportet, ſed ſatis religione iuriſiurandi ſe tuetur, quod pro veritate habetur, ſicut & ſententia. Ac licet alias ex chirographo probatio ſumatur, tamen illa fortior habetur religio, & quæ inde præſumptio iuris & de iure omni probatione contraria ſuperior. Recteque hic dicet reus: iuravi & certus ſum me verum iuraſſe. Tu contra contendis, ſed malitioſe. Audiri non debes. Chirographo uteris. Sed id meum non eſſe, falſum confictum eſſe probari poſſet, ſi oporteret. Aſt nunc eo confugere nihil attinet quia ſine eo ſatis me ius, ſatis me iuriſiurandi religio tuetur. Peieraſſe me dicis. Calumnia hæc eſt. Probare vis. Moleſtiam mihi creare, iudicium extrahere, famam inquinare præſumis. Improbus es, qui cauſſam fidei meæ & religioni antea commiſſam retractare intendis. Si tibi ſuſpecta fides mea, nec deferre iurandi conditionem debuiſti.

8) Et ita iuramentum inhabilis perſonæ ratum hic propter conſenſum adverſarii qui detulit. Duar. in *Comm. h. t. C. 8.* Borch. *C. 4. n. 3. & ſeqq.* Obi. *L. 34. §. 2. h. t.* Reſp. Non defertur pupillo, ſcilicet invito. Quod ſi volens delatum ſuſceperit & præſtiterit, cuſtodiri omnino debet *d. L. 26 pr.* Borch. *C. 4. n. 5.* (& eius verbis tranſcriptus Seiſer. *L. 4. C. 3. n. 5.*) Et hæc ita in iuramento aſſertorio, cum de præiudicio deferentis quæritur. Secus ſi de efficacia contra alios, vel obligatione iurantis, in promiſſorio vel confirmatorio contractus quæratur, ubi furioſi prodigi & ſimilium iuramenta nihil agunt.

inde iure civili tribuitur, referendum est. Servi quidquid agunt, gerunt, contrahunt, ratum est, ut pro facto habeatur. Sed cum ad ius & emolumentum eius facti ventum est, nihil inde subsistit in persona servi, sed totum dominis acquiritur. *L. acquiruntur, infr. de acq. rer. dom.* Et hoc est, quod adiicitur in regula, *Quod ad ius civile attinet*: quod alibi sic explicatur, quod attinet ad iuris civilis communionem, cum ita dicitur servus iuris civilis communionem non habere. *L. qui testamento, §. servus, infr. qui test. fac. pos.* iuris civilis, idest, eorum quæ iure civibus tribuuntur. Recte ergo iurat servus, ut pro iurato habeatur, quod iuravit. Sed cum quæritur de iure & effectu iurisiurandi, ibi quasi dominus iurarit, non servus: ita hoc ius, idest, actio aut exceptio inde domino acquiritur. *d. L. si servus.* Non obstat, quod dicitur iusiurandum instar iudicii habere. *d. L. qui iurasse, in fin.* Aliud est enim iudicium esse, aliud instar iudicii habere. Iudicii instar est, quod ad vim attinet: quia iudicii vim habet, atque adeo interdum maiorem, quam res iudicata. *L. 2. hic.* sed non ideo iudicium est. Nam & transactio iudicii & rei iudicatæ auctoritatem habere dicitur. *L. non minorem, C. de transf.* neque tamen transactio est iudicium. Et certe iusiurandum, quo res sine iudice transigitur inter privatos, plus quam manifestum est, iudicium non esse. Proinde res ipsa, idest, iusiurandum, cum quocunque interpositum sit, consistet, ideo & cum servo: quia non est iudicium. Vis autem, & illud propter quod instar iudicii est, non ad servum, sed ad dominum pertinebit. Pupillo iusiurandum tuendum cum dicimus, pupillum accipere debemus, qui fari possit, ut existimetur intelligere, quod affirmat. Nam infans in omnibus negotiis gerendis a furioso nihil distat: quia pariter nihil intelligit. *§. pupillus, Inst. de inutil. stipul. L. in negotiis, infr. de reg. iur.* 6 † De caussa etiam potest dubitari. Sunt enim quædam caussæ graves, ut quæ sunt de statu: quædam præcipuam quandam æquitatem desiderant, ut depositi: quædam etiam non sunt privatæ, sed populares. Etiamne hæ iureiurando decidi possunt, & cum de his iusiurandum intervenerit, non minus est servandum? Et placet quacunque in actione, quacunque de re iuratum sit, pariter ratum esse iusiurandum. Et ne quid sit dubitationis, etiam 9 superiores controversiæ exempli loco afferuntur. Qui locus tractatur pluribus in *L. 3. §. quacunque, usque ad fi. L.* ubi exempla varia in *L. eum qui, §. in popularibus, §. si libertus, L. iusiurandum & ad, hic. L. cum proponas, L. in actione, C. eod.* Scilicet in his omnibus iusiurandum de re privata est, & conventionem habet. De re privata pacisci & transigere licet, ac quævis iuris sui remissio concessa est. *L. iuris, §. si paciscar, L. pactum, supr. de pact.* 7 † Sed ut nihil obstent cætera: at saltem iuranti periurium suum obstare debere quis dixerit. Quid enim, si postea periurium fuerit

9) Vid. Borch. *h. tit. C. 5.* qui hæc fuse declarat. Quo pertinet & *L. 13. pr. h. tit.* Quam exponit Duar. *in Prior. Comm. h. t. C. 32. & in Post. Com. C. 7. f.* 872. Et hoc quidem ita in caussis status, cum quis iurat se servum vel libertum non esse, ut *d. L. 3. §. 2. L. 13. pr. L. 30. §. 4. D. L. 6. C. h. tit.* Num vero idem cum in servitutem vindicans, iurat servum suum esse? Non puto. Neque enim hic delatio valet; alios facto & conventione sua quis se in servitutem coniiceret, contra ius certum, ut not. *supr. Crusi. Commentar. Lib. 2. C. 9. N. 13.* Nam & quod transactio super servili conditione valet *L. ult. Cod. de transf.* solum obtinet cum id agitur, ut qui servus dicebatur habeatur liber; non autem contra, quia nec transactio dici posset, cum nihil ei datur, quod suum fieret, ut Don. *ad d. L. ult.* Caussis status comparari solent matrimoniales. Sed in iis receptum est ut iusiurandum ex delatione partis adversæ præstitum ratum sit pro matrimonio. Quia deferens videtur sub conditione, *si iuraverit* matrimonium contrahere, si non ante contractum sit. Non vero contra, ne in potestate sit coniugum indissolubilis disruptio. Sneidvin. in *§. 11. Instit. de act. n. 26. & seq.* Duar. *in Prior. Comm. hoc tit. Cap. 9. & in Poster. Cap. 4. f.* 862. *sub fin.* Caroc. Q. 4 *Quæstionis 9. princip. n.* 6. Coras. 3. *Misc. 4. n.* 6. Beust. *ad L. 3. D. h. tit. n.* 63. & seq. *& de sponsalib. C.* 45. Borch. *C. 5. n.* 23. (& ex his transcriptor Setser. *Lib. 4. Cap. 4. n. 7.*) Gail. 2. *Obs. 94. n.* 13. & 2. seqq. (ubi *n.* 16. eodem modo distinguit in monastica professione, matrimoniis spiritualibus.) Sed nec pro matrimonio tunc valet, quando ex eo alii quam deferenti præiudicium creari posset. Ex. gr. Inter Titium & Bertam agitur. Seia quoque matrimonii fidem sibi dedisse Titium prætendit. Titius Bertæ, vel contra, iusiurandum deferre nequit: Covar *de Matrim. P. 2. Cap 4. §. 1. n. 5.* Quid in criminalibus? Ad eas edictum non pertinere vult Duar. *in Prior. Comm. h. tit. C. 9.* quia Prætor de actione loquitur. Ex illis autem actio abusive, proprie accusatio. Nec reperiri ait exemplum delati apud veteres in iudicio criminali iurisiurandi. Nam *L. 7. §. 4. de his qui not. inf.* de iudicio civili loqui. Publicæ utilitatis rationem facere, ne caussæ hæ ita decidantur, quia ad vindictam publicam agitur. Idem in *Post. Comm. C. 4. f* 862. vulgo statui, quid accusator reo recte deferat, cum arg. a populari actione, tum arg. *leg. 15. §. 5. D. de adult.* Si enim remitti potest, quidni & iusiurandum deferri. Verum subdit, Iudicem, comperta veritate, tamen reum damnare posse. Ut & Sneidvin. *in §. 11. Inst. de act. n.* 23. præterea requirens, ut & de caussa transigi possit & deferens aliis probationibus destituatur. Et iuxta illam opinionem quod reo deferri possit, indicatum testatur Beust *ad L. 3. hoc tit. n.* 56. Cæterum delationem accusatori a reo factam verius ac receptius est, inutilem esse, (etsi Bart. *in L. 20. de qq. n. 4.* dissentit (1) quia ex conventione ad pœnam corporalem non tenet obligatio. (2) Per *L. ult. Cod. de probat.* (3) inde evenire posset ut insons damnaretur. Beust. *dict. loc. n.* 557. & seq. (ex quo ad verbum, solemni more suo, transcripsit Setser. *Lib. 4. C. 4. n. 5. & 6.*) Aliud tamen opinor, si ad pœnam pecuniariam agatur. Aliter Caroc. Q. 15. *principali n. 3. & seqq.* qui delatum accusatori ac præstitum præbere indicium ad torturam putat, (add. Sneidv. *ad d. §. 11. n. 24.*) reo autem deferri posse exceptis caussis iis, in quibus transactio vetita *L. 18. C. de transf.*

rit approbatum? Nulla ratio iuris aut æquitatis pati videtur, ut periuro iusiurandum prosit. In periurio dolus est. Nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequi, aut ullum lucrum facere debet. *L. itaque*, 12. *L. eum qui*, 14. *§. is autem, infr. de fur. L. 1. supr. de dol.* Sed & periurium delictum est, & quidem singulare genus maleficii: maleficia impunita esse non oportet, idque utilitas publica exigit. *L. ita vulneratus*, *vers. quod si quis*, *supr. ad leg. Aqui. L. locatio*, *§. quod illicite*, *infr. de publican.* Ergo ut intelligere liceat nihil hic excipi, quamobrem iusiurandum omni modo ex hoc edicto non sit servandum: nominatim hoc quibusdam locis comprehensum est, caussam iureiurando decisam nec periurii prætextu retractari posse; *L. 1. C. eod.* usque adeo ut placeat, quamvis postea periurium fuerit approbatum, nec de dolo actionem in eum qui peieravit dandam: ne scilicet iusiurandum alia via retractetur. *L. quod si*, *supr. de dol.* Neque aliam significationem habet, quod dicitur post rem iureiurando decisam, nihil aliud quæri, quam an iuratum sit. *L. post rem*, *infr. de re iud. L. 5. §. dato*, *hic.* Sic enim fit, ut non quæratur vere, an falso iuratum, idest, peieratum sit. Neque vero ita [10] iusiurandum servari iniquum est. Constitueretur inique, si adversus invitum. Nunc autem constitutum est adversus eum, qui ultro detulit iusiurandum, & cui placuit interposito iureiurando litem decidi, ut non adiiceret se velle decidi, si adversarius vere iuraret. Itaque inest in hac delatione deferentis conventio, & quidem ea per quam lite discedítur, ut in transactione. Nihil æquius quam unumquemque conventioni stare. *L. 1. supr. de pac.* præsertim autem, si eo spectat, ut sit aliquis litium finis. *L. fratris*, *C. de transact.* Sed tum maxime, cum de his agitur, quæ quis ultro expetivit. Quæ cum omnia sint in iureiurando, & eo qui detulit: nihil æquius, quam iusiurandum ab eo simpliciter delatum etiam adversus eum simpliciter servari. Unde dicitur servari propter religionem quidem; sed præcipue propter conventionem. *L. sed si servus*, *L. qui iurasse*, *§. ult. hic*, & maxime quod per iusiurandum transactum videatur. *L. quod si deferente*, *supr. de dol. L. 2. L. admonendi*, *in fin. hic.* Quibus adiicere debemus illud Iustiniani, nullo modo ferendum esse, ut quis infirmet ea, quæ ipse facienda procuravit. *L. generaliter*, *§. sed iuramento*, *C. eod.* At enim in peierante dolus est. Non est dolus, quo nemo decipitur. Non decipiuntur autem, qui sciunt & consentiunt: multo minus, qui iusiurandum ab adversario expetunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.*

At certe, ut dixi, periurium delictum est, & quidem gravissimum: utpote quo simul & falsum testimonium dicitur adversus proximum, & Dei sacrosancta maiestas petulanter violatur. † Quid ergo, 8
cum cætera delicta placeat impunita non esse, solius periurii nulla erit pœna? Ad rescindendum quod gestum est, nullam esse diximus, propter conventionem eius qui detulit. Sed an nec delicti ulla erit? Et de eo ita scriptum est in rescripto Alexandri Imperatoris, L. 2. C. eod. *iurisiurandi contempta religio satis Deum ultorem habet*. Quo significari putamus, contemptæ periurio religionis pœnam, divinam quidem esse ultionem Dei; humanam autem hoc iure nullam. Et in summa Romanos, ut tum tempora fuerunt, [11] contemptæ religionis pœnam in periurio

10) Recte. Convenit Gilken. *in L. 1. C. h. t. n. 1.* Non absurdum hoc, sive spectetur persona deferentis, qui potuit ius suum deterius reddere, sive præstantis, quia iniquum de eius periurio quæri: Et Leonin. 2. *Emead.* 3. *n.* 1. Qui defert, cedit liti, sub conditione præstandi iusiurandi & omnem controversiam religioni adversarii credit, quem iudicem suæ caussæ constituit A Fab. *ad d. L.* 21. *de dolo*. Deferendo iudicem feci *L. 1. Quar. rer. act. non. dat. inact. L.* 26. *de re iud.* (quæ notanda contra ipsum Fabrum ut *supr. N.* 7.) Ad hæc boni publici ratio id exigit ut litium sit finis. Quomodo & sententiæ iniquæ stari oportet Borch. *C.* 8. *n.* 48.

11) Consentiunt nostro & inter periurium per Deum & principem distinguunt Cuiac. 2. *Obs.* 19. *& ad L. 1. & 2. Cod. h. t.* A. Fab. *ad L.* 22. *de dolo* Coras. *SC. Teles. C.* 21. Sich. *ad L. 2. C. h. t.* Marq. Freher. 1. *Parerg.* 29. Fachinæ 1. *Controv.* 14. Decian. *Tr. Crim. Lib.* 6. *C.* 13. Theodor. Marcil. *in L. 12. tab. Collect. & Interpretam. Cap.* 8. Virgil. Pingizer. *Q.* 39. *n.* 8. *& seqq.* Gilk. *ad L. 1. & 2. Cod. h. tit.* Caroc. qui hanc magis communem vocat *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *pr. n.* 6. *& eiusdem Q.* 3. *n.* 6. Reusner. *Lib.* 3. *decis.* 2. P Theodoric. *Disp. Crim.* 5. *Thes.* 8. *Lit. F.* Et pro hac opinione quoque facit *L.* 15. *D. de exc.* Et *Nov.* 82. *C.* 11. *§.* 1. ubi dicitur. Siquidem *ex studio noceant* (Iudices iurati de quibus *ibi*) *a Domino Deo pœnas periurii sustinebunt*. Et ita Harmenop. *Lib.* 1. *Enchirid. tit.* 7. Mich. Attaliata *Synops. T.* 6. (*To. 2. Iuris Græc. & Rom. a Leunclaio editi*) [illegible] Nemo qui per Deum iuravit, periclitatur, Satis enim id iuramentum ultorem habere Numen ipsum. Quin & apud veteres Græcos periuris pœnam statutam non fuisse, colligere est ex Arist. *Rhetor. ad Alex. Cap.* 18. Contra tamen Duaren. 2. *Disp.* 37. *& in Prior. Comm. hoc tit. C.* 33. *§. ult. & in Post. Comm. C.* 8. Baro *in L. ult. de lit. iur. & in §. 11. I. de act.* Rob. 2. *Sentent.* 20. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 11. Menoch. *Arb. Cas.* 319. Io. Bapt. Asin. *Tr. de Execut. §.* 8. *Cap.* 9. *& §.* 9. *Cap.* 1. Broneh. 2. *Ax.* 25. Anton. Del Re *de Iuram. cal. Cap.* 23. *n.* 9. *& seq.* Anton. Cont. *ad L. 2. C. ad L. Iul. maiest.* Old. Cl. 1. *Act.* 9. *in adsin. Rom. n.* 2. *&* 3 Pac. 3. *Enant. Quæst.* 79. Busius *ad L.* 13. *de iureiur.* Perrenon. 1. *Animadvers.* 8. Petr. Matthæ. *Addit. ad Gaid. Papa Decis.* 178. Rævar. 2. *Var.* 3. Vult. *ad §. item si quis* 11. *ipsi* 10. *Inst. de act. n.* 20. *& seq.* Arumæ. *Disp. Pand.* 11. *Quæst.* 7. Præter relatos a Menochio *d. Cap.* 319. *n.* 10. Atque hi sane, quos

rio nullam statuisse; sed rem totam iudicio & ultioni Dei reliquisse. In quo hoc secuti videntur. Nam quæcunque hic iniuria est, ea ad solum Deum sertur, cuius nomen & maiestas eo facto læditur. Visum est, eum esse debere æstimatorem & arbitrum iniuriæ, qui accepit. Sed maxime cum de Deo agitur. Nam si inter homines quoque hoc ius valet, ut permittatur privatis, qui iniuriam passi sunt, eam æstimare; *§. pœna, Inst. de iniur.* quanto iustius est in iniuria Deo illata hanc æstimationem illi relinqui, qui solus recte iudicat, quique ut iustus iudex, ita ultor & vindex omnino futurus est? Sed an habeat superior definitio eam sententiam, quam diximus, & an sententia per se vera sit, paucis videamus. Ait [12] Alexander; *iurisiurandi contempta religio Deum ultorem habet.* Est ergo pœna periurii quædam divina; eaque est ultio & vindicta Dei; pœna omnium delictorum communis illa quidem, sed tamen præcipuo quodam modo sancita in periurio. Quod etsi ex communi intelligentia sumptum hoc loco usurpatum est ab Alexandro; tamen ne qua sit dubitatio, ipsa lege Dei expressum est. Sic enim est tertium præceptum: *Ne usurpes nomen Domini Dei tui temere. Neque enim Dominus dimittet eum impunitum, qui nomen eius vane usurpaverit.* Sed quænam hæc & quanta pœna est? Omnium gravissima: nempe exitium, uti scriptum est psalmo 5. *Perdes omnes, qui loquuntur mendacium.* Quod & ethnici naturæ tacita lege in hominum mentibus divinitus inscripta docti intellexerunt. Hoc enim & Cicero *lib. 2. De legib.* expressit his verbis: *Periurii pœna divina exitium; humana dedecus esto.* Solam autem hanc divinam pœnam periurii esse significat Alexander, cum ait, non simpliciter contemptam religionem iurisiurandi Deum ultorem habere, sed satis Deum ultorem habere. Ut enim cum dicitur satis probatum esse iureiurando, hoc intelligimus, ita probatum esse iureiurando, ut hæc probatio sit satis, nec alia desideretur: *L. 5. §. dato, hic.* Item cum dicitur satis pœnæ subire eum, qui non defenditur, quia mittitur adversarius in possessionem bonorum eius, hoc omnes dici intelligunt, ita hanc esse pœnam, ut non alia adiiciatur: *L. satisque, supr. de in ius voc.* ita cum legimus iurisiurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere, nihil aliud intelligere debemus, quam istum contemptum ita habere ultorem Deum, ut hoc ipsum ad pœnam sit satis. Et quomodo aliter, hoc verbum, *satis*, accipere possumus? Alia enim pœna si est periurii, sufficiebat dicere, iurisiurandi contemptam religionem Deum ultorem habere. Atque ut hoc verba exigunt: ita in primis sententiæ ratio, quæ si aliter accipitur, aperte definitio vitiosa est: quia supervacua & inutilis. Quorsum enim monere, periurium habere Deum ultorem, quod pœnam iuris nullam continet, & quod sine monitore omnes homines intelligunt, testificante illis sua ipsorum conscientia? Sed hoc intererat consultoris scire, an nulla esset periurii humana pœna, & si nulla esset, quamobrem hoc placeret. Ad hoc apposite respondet Alexander, nullam esse constitutam, mirum videri non debere: *quia iurisiurandi contempta religio satis Deum ultorem habeat:* idest, quia si pœna quæritur, hæc abunde sufficiat, quod Deum habet ultorem: qua pœna nulla potest esse gravior. Nec quisquam putet Alexandrum in *d. L. 2. C. eod.* de eo tantum loqui, qui per venerationem principis calore quodam iracundiæ peierasset, quia de eo postea subiicitur. Ad hunc enim prior illa definitio de contempta religione iurisiurandi pertine-

quos omnes evolvi, non uno modo variant, in eo num quodvis periurium puniatur, & qua pœna hoc vel illud. In hoc solum conveniunt quod periurium id omne, quo Numinis violata religio, impune non fit. Pro quibus præter LL. quas Donellus hic sibi obiicit, facere videtur 1. *L. 2. in fin. Cod. de indict. viduit. toll.* verbis: per leges quæ *periuria puniunt.* 2 Nov. 53. *Cap. 4. princ.* 3 Nov. 77. *C. 1. §. 1.* ibi: *Si enim contra homines facta blasphemia impunita non relinquuntur; multo magis qui ipsum Deum blasphemant, digni sunt supplicia sustinere.* Quibus ratio impunitatis a Donello & aliis adducta convellitur. Ac certe blasphemia quoque Deum solum offendit, ut Menoc. *d. Cap.* 319. *n.* 15. Exactius vero hæc expendere in præsenti differo. Probabilius tamen videtur, distingui posse inter iusiurandum litis decisorium & aliud. Ut illius, si peieratum, nulla pœna nisi divina, quia nec de eo inquiri convenit *§. aque, 4. Inst. de exc. L. 5. §. 2. h. t. L. 15. de except.* Neque eo dici potest nocitum alteri esse, cum hoc omne damni sibi suæque facilitati, qua detulit iusiurandum accepto ferre is debeat. Quin nec facile certo li-

quere potest de periurio. Quippe etsi qui iuravit, testibus postea aut instrumentis convincatur, potest esse, ut testes corrupti, instrumenta conficta sint. Nec admittendus is qui vult convincere, alias iureiurando lis decisa non foret ut *supr. N* 7.

12) Ita omnino est, quod prius membrum *d. L. 2.* pœnam omnem aliam removeat. Neque enim verba eius patiuntur expositionem Vulteii ad *d. §. item fi* 11. *n.* 20. cum primis a Deo tum etiam ab hominibus: ut nec Perrenonii *d. C.* 8 qui ideo dici *satis, &c* quia non pro merito videatur posse puniri ab hominibus. Nec P. Matthæi *d. loc.* illis rationem reddi ab Imp cur non gravissime & corporali pœna puniatur, quia hoc crimen maximam ultionem a Deo expectat. Et loquitur *d. L. 2. pr.* de iuramento iudiciali, de quo & L. præcedens, idque titulus ac materia proposita exigit Unde nec de inconsulto ac temerario solum iureiurando accipienda, quo nihil nocitum est alteri, ut Oldend. *d. loc.* Ræv. & alii. De variis intellectibus *d. L. 2.* vid. Afin. *dd. loc. &* Caroc. *Q.* 3. *Q.* 9. *pr.*

tinere non potest. Primum quia in iureiurando, quo iuratur per principem, non inest religio: est enim religio metus numinis, non principis. Deinde quia etiamsi in eo religio inesset: tamen qui calore iracundiæ peieraret, faceret id magna culpa; non tamen religionis contemptu. Fuit ergo consultatio de pœna eius, qui calore iracundiæ peierasset, eaque duplex, sive is iurasset per Deum, sive iurasset per principem, & maxime si per venerationem principis. Et respondet Alexander, humanam hic nullam esse: quia si per Deum peieratum sit, in totum nulla sit, etiam si sit contempta religio ab eo qui consulto peierasset. Si autem peieratum sit per principem, hoc casu nulla esse debeat adversus eum qui calore iracundiæ peieravit: quia in eo nulla petulantia arguatur, nullus contemptus principis. Etsi hæc sententia satis superioris rescripti verbis & mente efficitur: tamen in ea acquiesco facilius, quod nihil mihi videtur satis idoneum contra afferri. Quo cognito, quam per se illa vera sit, certius statuetur. Ac de temporibus illis, quibus Alexander vixit, quæque Alexandri ætatem antecesserunt, nihil puto dici verius. Paulus scribit religioni standum esse, quia sufficiat periurii pœna. *L. nam sufficit, supr. de dol.* Nempe ait & suam periurio pœnam esse. Nos vero esse quoque dicimus. Sed quæ sit, quæritur. Id cum decidatur in *d. L.* 2. nimirum inde sumendum est, quod ad locum dubium explicandum transferatur: præsertim cum sit lex Alexandri, sub quo Paulum vixisse constat. In *L. ult. infr. stellionat* scriptum est, de periurio eius, qui sua pignora esse iuravit, stellionatum fieri: & ideo eum ad tempus exsulare. Sed hæc [13] non periurii pœna est, sed stellionatus, idest, fraudationis & imposturæ. Nam & sine iureiurando si quis idem in pignore mentitus esset, committeret stellionatum nihilominus, eiusque pœna teneretur. *L. 1. in fin. infr. de pig. act.* Crescit quidem crimen accedente periurio; sed quæcunque circumstantiæ accesserint, semper stellionatus committitur, quo modo & in *d. L. ult.* nominatur. Ut, iniuria una alia gravior & atrocior esse potest ex facti circumstantiis: quæcunque tamen atrocitas iniuriæ fuerit, semper iniuria est, quæ infertur. *§. atrox, Inst. de iniur.* In *L. si duo,* [14] *§ ult. hic.* Refert Ulpianus, si quis iuraverit in re pecuniaria per genium principis (sic enim solebant ethnici iurare sub Imperatoribus, per principem, per genium, per salutem, per venerationem principis: nempe his divinos honores deferentes, Imperatoribus hunc ipsum honorem affectantibus) si quis, inquam, ita iuraverit, & peieraverit: Imperatorem Antoninum cum patre Severo rescripsisse, fustibus eum castigatum dimitti, & ita ei superdici, προπετῶς μὴ ὄμνυε. Et negari non potest, periurii pœnam humanam hanc esse. Sed hoc superiori sententiæ non adversatur. Meminerimus enim dicere nos contemptæ iurisiurandi religionis nullam esse humanam pœnam constitutam iure civili. Tunc contemnitur iurisiurandi religio, cum per Deum peieratum est, ut ante dixi: quoniam religio est metus numinis. Cum peieratur per principem, non contemnitur religio, sed princeps; cumque vindicatur hic contemptus, vindicatur maiestas principis, non contempta religio. Sed absurdum est, inquies, coercert legibus petulantiam eius, qui per principem peierasset: iniuriam autem eodem genere Deo factam non coerceri. Nihil hic absurdi se facere Romani iudicaverunt. Apparet enim fecisse eos, quod supra dixi: statuisse nimirum, cum per Deum iuraretur, & per principem, æquum esse, ut hi essent iniuriæ arbitri, qui & passi essent. Et ideo principes iniuriæ sibi illatæ pœnam imposuerunt, quæ videbatur petulantiæ iurantis coercendæ idonea; eam quæ Deo facta esset, non attigerunt, rati illum optimum iudicem contemptus sui, & iustissimum vindicem futurum: hoc vero satis esse. Usque adeo autem contemptæ iurisiurandi religionis nulla pœna corporalis aut pecuniaria, vel si qua est eiusmodi, temporibus illis occurrit, quæ sit constituta legibus, ut ne infamia quidem notari legamus eum, qui peieraverit, si mo-

13) Et ita Cuiac. 2. *Obs.* 19. & *ad L.* 1. & 2. *C. h. t.* Fachin. 1. *Contr.* 14. quia etsi non iuraverit, æque stellionatus pœna. Et Don. ad *d. L.* 2. C. *h. t. n.* 6. ex verbis *d. L. ult.* & ideo arguit: scilicet propter stellionatum. Convenit Caroc. *Q.* 2. *Quæst.* 9. *princ. n.* 9. qui ibi venire iuramentum accessorie ad confirmationem falsæ assertionis, quæ est Stellionatus. Atqui si stellionatus pœna augetur ob periurium, utique oportet ibi periurium puniatur in eo, quod pœna isthæc communem excedit. Et ita est: verum ibi non iurisiurandi decisorii species, nec id delatum a creditore, sed ad eum fallendum debitor ultro iuravit. Gilken. ad *d. L.* 1. *C. hoc tit. n.* 6.

14) Minut. Felix *in Octav. p. m.* 389. *Tutius est*, ait, *per Iovis genium iis peierare quam per Regis*. Unde tamen iusiurandum omne per Iovem impune fuisse non sequitur. Loquitur autem *d. L.* 13. *§. ult.* de eo qui non temere, aut calore quodam ut *d. L.* 2. sed consulto ac mala mente per Principem iuravit. *Cuiac.* 8. *Obs.* 7. Quod vero *d. §. ult.* habetur *superdici* debere, alii de præconis elogio, alii de superindictione, titulis appensis, intelligunt. Quo de vid. Cuiac. *d. C.* 7. Ræv. 5. *Var.* 7. Langlæ. 11. *Semestr.* 1. Iac. Duran. Casell. 1. *Variar.* 4. Borch. *hoc tit. C.* 8. *n.* 83.

si modo nulla caussa accesserit ex his, quæ per se notantur edicto. Certe nihil de eo expressum est edicto de infamibus, quod exstat in *L. 1. supr. de his qui not. inf.* nec quidquam ulla parte eius tituli legitur, quod periurium solum eo edicto notari significet. Nec alia lex magis id probat, quam quæ multo post secuta est, *L. si quis maior, C. de transf.* quæ certa in specie infamiam constituens adversus peierantem, satis declarat, ne in ea quidem specie antea hanc pœnam fuisse: alioqui fuisset constitutio ad eam rem supervacua. Sed de ea paulo post. Ut autem nulli loci proferuntur ex iure civili, qui probent ullam pœnam periurii constitutam fuisse temporibus illis, quæ diximus, si quis per Deum iurasset: ita nihil adfertur ne ex aliis quidem auctoribus, quod non potius nullam hanc pœnam fuisse sanctiam legibus confirmet. Cicero *libro 2. de legibus*, [15] de periurio hanc legem statuit: *Periurii pœna divina exitium; humana dedecus esto.* Si ille scripsit consentanea temporibus suis, & ei iuri, quod tum erat apud Romanos: vel hic locus maxime ostendit, nullam tum fuisse periurii pœnam humanam aliam, quam dedecus: atque hoc ipso etiam nullam fuisse probat, quæ quidem infligeretur iure & legibus. Dedecus enim intelligit eam infamiæ notam, quæ est in re & hominum honestorum opinione, non illam, quæ legibus aut edicto irrogatur, cum verbis legis aut edicti iubentur aliqui esse infames, ut hæc genera distinguuntur in *L. 2. infr. de ob. seq. parent. & patron.* nam hæc posterior in usu iuris absolute infamia dicitur. Sane vero qui peieravit, quacunque in caussa id fecerit, turpis est & improbus, nec opinione hominum evadet huius turpitudinis & infamiæ notam. Sed nos de infamia, quæ iure irrogetur, quærimus. Apud eundem quoque Ciceronem scriptum est *lib. 3. de offic. Censores nulla de re diligentius, quam de periurio iudicasse.* Sed & hoc ipsum magnum argumentum est, nullam tum fuisse constitutam pœnam legibus adversus periurium. Constat enim censores Romæ in ea animadvertere solitos, de quibus nihil legibus cautum erat: ut probabunt exempla censoriarum animadversionum, quæ [16] leguntur apud Valerium Maximum *lib. 2. cap. 4.* de censoria nota. Atque hæc ita fuerunt, quo tempore Alexander Imperator, quo Paulus & Ulpianus vixerunt. Quid hic secutum sit, videamus. Nempe [17] longo post tempore secutæ sunt constitutiones duæ, Arcadii & Honorii una,

15) Ita Theod. Marcil. *in L. 12. tab. Interpret. C.* 88. Dedecus non infamium ex lege, sed ignominiam ex nota Censoria. Nam nec lege infames periuri, nec edicto, nec constitutionibus. Quin & hoc confirmat *Don. ad L. 2. C. h. t. n. 7. & seq.* ex ipsa *L. 41. C. de transf.* Alias enim nihil necesse in ea specie de infamia caveri. Add. Martin. Uran. *in C. querelam* 10. *h. tit.* Diss. Afin. *de Exec.* §. 9. *C. 1. n. 21.* Marq. Freher. *Lib. 3. de Existim. qui est de infamia C. 10. n. 11.* Ioan. Calvin. *Themide Hebræo Rom. C. 3. pag.* 50. & DD. comm. quos plures refert Hering. *de Fideiuss. C.* 19. *n.* 138. Quod iure Canonico sane expeditum videtur *Cap. infames* 17. *Cap. 7. Q. 1. C. si quis convictus* 7. *Cap. 22. Quæst.* 5. Quod infamia ex periurio contracta non aboleatur remisso iureiurando ab eo cui præstitum id, postquam peieratum est. Vasq. 2. *Contr. Usufrcq.* 27. *n.* 5.

16) Quod & confirmat Bodin. 6. *de Rep. 1. n.* 630. qui perfidiam nullis iudiciis vindicari, sed cognitionem totam fuisse Censorum. Censoribus autem non fuisse animadversionem, nisi eorum vitiorum, de quibus nullæ LL. latæ, nulla iudicia constituta. Confer. Zamosc. *Lib. 1. de Senatu pag.* 91. & seq. Exemplum apud Agel. *Lib. 7. C.* 18. Ubi ait, Censores quosdam, quia quod iurato se facturos dictitaverant, non fecissent, omnium notarum & damnis & ignominiis affecisse. Quibus certe verbis non levis pœna innuitur. Et ut ut Censura a iudicio distincta, non ideo minus tamen nota censoria pro pœna habenda videtur. Sed & Pontifices de periuriis cognovisse constat ex Plaut. *Rudens.* 5. *Sc.* 3.

. . . . . . *Tune meo Pontifex periurio es.*

Unde Ræv. 2. *Var.* 3. qui consulto per Deos arasve Deorum peierarent, Pontificibus Plaut. *d. loc.* qui per genium Principis, Principi *L. 13. §. ult. h. t.* qui alia ratione, Censoribus pœnas dedisse Cic. 3. *Off.* Agell. *dict. C.* 18.

17) Vult. ad §. *item si* 11. *Inst. de Act. n.* 2. (ex quo ad verbum transcripsit Setser. *Lib. 1. Cap. ult. n.* 12. & 13.) cum olim pœna arbitraria & extraordinaria fuerit, novioribus Constitutionibus certis casibus pœnam constitutam esse. Ut *d. L.* 41. *d. L. pen.* Quibus addit (3) Constit. quæ desideratur in *tit. Cod. de custod. reor.* ut Cuiac. ad *d. L. pen. Cod. de dign.* item quatuor casibus *Nov.* 117. Ac (5) lege quadam Leonis & Constant. cuius meminit Harmenop. *Lib. 1. tit.* 7. ut ex delatione peieranti, item testi periuro lingua præcidatur. Sed Harmenopulo fidem derogat Fachinæ. 1. *Contr.* 14. *sub fin.* & Pingizer. *Quæst.* 39. *n.* 17. Enimvero Coras. *SC. Tolos.* 21. & Rauchbar. *P. 2. Quæst. 3. n.* 44. sententiam qua periuri impunes, homini Christiano inconvenientem & absurdam vocant, & a qua merito recessum sit. Sicuti Constit. Crimin. Caroli V. periuris digiti præciduntur. Vide Georg. Rem. *Nemesi Karulina Cap.* 107. & *seq.* Beust. ad *L. 1. h. t. n.* 19. Et *Nov. Elect. Sax. ul. P.* 4. relegatum contra fidem iuratam reversum prima vice amputatione duorum digitorum, altera fustigatione, tertia capitis supplicio plecti. Ac legibus certe antiquioribus Saxonum *tit. 2. §.* 7. (si recte edidit Basilius Ioan. Herold.) habetur. *Qui sciens periuraverit, capite punitur.* Quæ & pœna apud Ægyptios. Diod. Sicul. *Lib.* 2. Hungarorum legibus de periurio convictus omnia bona amittit & disparibus vestibus indutus, zona canabea succinctus, discalceatus pedibus & nudato capite semper incedere cogitur, ut in *Tripart. Opere iur. consuetudinar. Hungar. edito* a Steph. Werbeuzo *Titul.* 30. De ultione divina periuris metuenda, vide & exempla pete ex Alex. *L. 5. Gen. dier. Cap.* 10. & *Lib. 6. Cap.* 10. Pet. Greg. 50. *Synt.* 10. *n.* 6. & *seqq.* Rob. 1. *Rer. iudic.* 11. Iac. Ebert. *Tr. Ethice de Iuram. pag.* 104. & *seqq.* Christoph. Obenio *vom Eidschwueren Part.* 6. Memorabile est quod Hilar. Bitemiez. de *Arte Apodemica* refert in Castello Heiden. sex cadavera in facello reservata viatoribus ostendi. Longissimo eo tempore non sepulta, quod terra ea absumere nequeat. Eo quod illi homines ita ex delatione iuraverint. *Si falsum iuro, statim moriar, sepulturaque indignus efficiar.* Quod e vestigio ita contigit. Plane ut quis reus fiat periurii dolus requiritur. Unde in assertorio iuramento non quivis falsum iurans peierat, sed qui sciens ex animi sententia. Quomodo Chrysippus hæc distinxit ἐπιορκεῖν καὶ ψευδορκεῖν (sicuti mentiri & mendacium dicere. Agell. 11. *Noct.* 11.) Duar. in *Prior. Com. h. tit. Cap.* 33. *s ult.* Et in promissorio periurus non est qui ex quavis etiam fatua caussa contra iuramentum suum venit, de quo Moller.

L. si quis maior, *C. de transf.* Honorii & Theodosii altera, *L. quoties*, *penult. C. de dignit. lib.* 12. quarum illa infamiam irrogat periuro; hæc periurum dignitate exuit. Mihi autem hæ constitutiones aut periurio pœnam statuere non videntur; aut si statuunt, duabus tantum in caussis eas statuere certum est: ut consequens sit in aliis omnibus superiorem sententiam relinqui. Prior enim irrogat infamiam non cuivis peieranti; sed ei qui adversus pacta vel transactiones iureiurando confirmatas veniat. Non ergo magis irrogat ob periurium, quam ob fidem violatam; alioqui de omni periurio idem constituendum fuerat. Non esset quidem hæc pœna sine periurio: sed non ideo pœna periurii propria, cui etiam fidei violatio caussam dedit. Posterior autem constitutio peierantem dignitatis damno coercet, non quemlibet, sed illustres viros; neque eos passim & quacunque in caussa peieraverint; sed tunc solum, cum criminali iudicio conventi, & fidei suæ ac iuriiurando propter privilegium personæ commissi, cautioni suæ non steterunt, obliti & privilegii sibi ob personæ dignitatem concessi, & dignitatis suæ, & rei feriæ, de qua agitur. Ex quo apparet pœnam hanc indici non periurio, sed personæ & caussæ. Personæ quidem, quæ tam multis nominibus se indignam ista dignitate probavit, propter quam hoc assequebatur, ut cautioni eius iuratoriæ crederetur. Caussæ autem, ut in qua spectetur, quid promittat, quo iudicio, & quod privilegium ei cautioni locum faciat. Ita semper vere dicetur, etiam nunc periurii, quatenus tale est, nullam esse omnino pœnam constitutam iure civili. Nam divinam ipse Deus constituit, non homines. Quod si quis in his caussis pœnam periurio constitutam esse volet: at certe illud efficietur, ut quoniam certis in caussis & certis personis constituta est, extra has caussas & personas nulla sit pœna humana periurii, statuaturque in reliquum ius illud, quod supra posuimus. *L. ex eo*, *infr. de testi*, *L. qui testamento*, *§. mulier*, *infr. qui test. fa. poss.* Atque hæc in universum de pœna periurii accommodata ad explicationem. *L.* 2. *C. eod.* Quod attinet ad iusiurandum per quod de lite transigitur, de quo nunc agimus: hoc ratum esse debet, neque caussam hoc iureiurando decisam etiam prætextu periurii revocari posse: neque huius periurii ullam esse pœnam, propter quam fiat, ut periurium vocari possit in crimen ulla actione, atque ita fiat, ut species transactionis, quæ hic videtur inesse, obliqua via infringatur.

† Hac vi iurisiurandi cognita, iam illa 9
nullo negotio intelligi potest, qualia sint, quæ de effectu [18] vario iurisiurandi sub hoc titulo variis locis tradita sunt. Iusiurandum nimirum probationis vim habere. *L.* 5. *§. dato*, *L. sed si possessori*, *§. ult.* Iusiurandum ex numero videri novandi delegandive. *L. qui iurasse*, *§. ult.* Idem solutionis loco cedere, & quod idem est, pro acceptilatione esse. *L. iusiurandum*, 27. *L. in duobus*, *seq. §.* 1. *L. iusiurandum* 4, 40. Idem speciem transactionis continere. *L.* 2. Idem iudicii instar habere. *d. L. qui iurasse*, *in fin.* Quæ omnia ex his quæ de exceptione & actione, idest, in summa de vi iurisiurandi dicta sunt, sua sponte intelliguntur. Sunt enim partim consequentia, partim eiusmodi, quæ eam vim efficiunt, quam dixi. Quorum tamen rationem paucis subiiciam, ne quid in his dubii relinquatur. Probationis vim habet: quia affirmationi standum est, ut fieret, si satis alias probatum esset; idque non propter conventionem solum, sed propter religionem. *d. L.* 5. *§. dato*, *L. sed etsi servus*. Ex numero novandi est: nempe in actore: quod sicut novatione constituitur nova obligatio & actio; sic postquam actor iuravit, nova actio ei acquiritur, qua nunc utatur, quasi priore in hanc posteriorem translata. Fieri etiam potest, ut vice debitoris alius conveniatur, quasi debeat. Hic si neget se debere, & iusiurandum actori deferat, ac iuratum sit, teneri incipit. Qua ex re etiam verus debitor assequitur, ut liberetur obligatione in hunc quasi iudicio transfusa: quod delegationis speciem habet. *L. delegare*, *infr. de novat*, Sed tamen recte dictum est, [19] iusiurandum ex numero novandi videri, non esse. *d. L. qui iurasse*, *in fin.* Novatione enim sic nova obligatio constituitur, ut tollatur vetus. At iureiurando dato, sic ex hac parte edicti agi potest, ut nihilominus actori inte-

ler. 2 *Semestr.* 38 non certe, si ex iusta *L. ultim. qui sat. cog.* Vid. Covar. ad *Cap. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *Parte* 1 §. 3. *n.* 30 Confer. Dominic Soto *Lib.* 8. *de Iustit. & iure Quæst.* 2. *Art.* 1. Nec qui iuravit certo die solvere, si prorogato per creditorem termino, non solvit: quia remittente parte, etiam Deus *Cap.* 1. *extr. hoc tit.* Mynf. 6. *Obs.* 32. nec si solvere non possit, Beust. ad *L.* 1. *hoc tit. n.* 20.

18) De viribus iuramenti vid. Duar. *in Prior. Com. hoc Titul. Cap.* 31. *& in Poster. Cap.* 7. Sneidvin. *ad* § 11. *Inst. de act. n.* 48. *& seqq.* Hering. *de fideiuss. Cap.* 20. §. 2. Seraphin. *Privil. Iuram.* passim Setser. *Lib.* 1. *Cap.* 25. qui 30. effectus generales refert, & ex quibusdam multos speciales infert.

19) Recte. Quod & contra Vulteium adstruxi *Cap. praeced. N.* 4.

integra sit sua actio, quæ competeret, si iuratum non esset. *L. eum qui, in pr. hic*. Idem solutionis loco cedit, & acceptilationis, in persona nimirum rei. Ut enim liberatur in totum debitor solutione, ac cum eo fideiussores, & pignora: *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr. L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* sic & iureiurando. Certe ex iureiurando perpetua exceptio illi acquiritur, qua fiat, ut neque in ipsum, neque in eos omnes, ad quos ea res pertinet, agi possit. *L. ait, hic*. quibus verbis [20] & fideiussores contineri intelligimus, & pignorum possessores. *L. in duobus, §. 1. L. antep. hic*. In quo tamen cum sic liberetur reus, ut nulla interveniat pecuniæ numeratio: ideo pro acceptilatione id haberi potius dicitur. *d. L. antep.* Hæc enim imaginaria solutio est, non vera solutio. *§. item per, Inst. quib. mod. tol. obl.* Hæc res facit, ut qui in universum effectus sunt solutionis, iidem sint & iurisiurandi. *d. L. antep.* Transactionis speciem habet: quia ut transactione, sic iureiurando ab omni controversia disceditur, & quidem litigatorum conventione. *d. L. antep. L. qui iurasse, §. ult.* Instar [21] iudicii obtinet, quod sicut re iudicata, actori quidem actio iudicati, reo autem exceptio rei iudicatæ acquiritur, in qua nihil amplius quæritur, quam an iudicatum sit: *L. miles. §. ult. infr. de re iud. §. item si, Inst. de exc. L. post rem, de re iud.* Ita plane utrumque ex iureiurando, & eodem modo. *L. 5. § dato, L. nam postea, ver. 2. hic. Nec immerito*, inquit Ulpianus: *cum ipse iudicem adversarium suum de caussa sua fecerit, qui detulit ei iusiurandum.* L. 1. in pr. *infr. qua. re. act. non dat.* Itaque qui iudicii & litis contestatæ effectus sunt, iidem sunt plane & iurisiurandi: præterquam in duplo, quod consequimur his actionibus, quæ per infitiationem in lite crescunt. Ac quam similia omnia sint exceptioni iurisiurandi cum exceptione rei iudicatæ, actioni in factum ex iureiurando cum actione iudicati, satis dictum est, cum de exceptione, & actione ex iureiurando ageremus. Nunc ut intelligatur iusiurandum totius iudicii vim habere, ac non tantum iudicati: [22] etiam litis contestatæ vim habere dicimus, & multo magis, quia plus sit iudicati vim obtinere, quam litis contestatæ: cum in hac contestatione sit initium, in iudicato finis & exitus totius iudicii, ac non nisi per litis contestationem ad sententiam perveniatur. Atque hinc iidem hi effectus. Sunt quædam caussæ, in quibus quis iudicium accipere non cogitur. Placet eum ex iisdem caussis nec iurare cogendum esse, se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatæ succedat. *L. sed etsi, §. ex quibus, supr. de iud. L. in contractibus, §. illo, C. de non num. pec.* Temporales actiones iudicio inclusæ efficiuntur perpetuæ, & quæ pœnales sunt, ab utraque parte in heredes transmittuntur. *L. ult. in fin. infr. de fid. tut.* eodem modo & [23] postquam iuratum est, actio perpetua esse incipit, quæ fuerat temporalis, & quæ pœnalis erat, in heredes dabitur. *L. nam postea, § si is qui, hic.* † Litis contestatione 10
interrumpitur præscriptio longi temporis. *L. meræ, C. de rei vind. L. nec bona, C. de præs. lon. temp.* interrumpitur & iureiurando. Quam ego sententiam esse puto. *L. si duo, §. Iulianus, hic*: de qua cum parum liqueat, paulo pluribus, quæ sit, exponam. Verba hæc sunt: *Iulianus ait, eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere debere.* Propone ita: qui fundum a possessore sine iudicio petebat tamdiu bona fide ab illo possessum, cum se dominum fundi esse diceret, ac de eo esset inter eum & possessorem controversia: deferente possessore, *iuravit fundum suum esse*. Neque tamen possessor statim eum fundum restituit, neque is qui iuravit suum esse, statim egit adversus possessorem, ut sibi

20) Vid. *Seraphin. privil. iuram.* 82. Non tamen hinc fideiussor aget mandati. Vid. not supr. *Cap. 7. N. 6.*

21) Et immo maiorem auctoritatem quam res iudicata *L. 2. hoc tit.* Quomodo? Quia a iureiurando non appellatur *L. 12. § 2. & 3. Cod. hoc tit.* Ita Anton. Fab 19. *Err. Prag. 5. initio &* Beust. *ad dict. L. 2. n. 30.* addens quod contra iusiurandum minoris non datur restitutio in integrum *L. 1. & auth. Sacram. Codic. si adv. vend* Ad hæc naturalis obligatio tollitur iureiurando, non item iudicato *L. 60. de cond. ind.* ita Hortens. *ad L. 13. §. 4. de pig.* Et ratio *ad dict. L. 2 hoc tit.* iuxta Rod. Suar. *in Lectura L. post rem iudic. 56. de re iudic. Notab. 2. n. 5.* quia facilius inducitur, quam res iudicata, non requirens tantum ordinem & tot solemnitates. Iuxta Duar. *in Prior. Comm. Cap. 26. & Poster. Cap. 7.* quia plus est consensu damnari quam invitum. Sicuti maioris auctoritatis consuetudo, quam ius quod ex necessitate *L. 36. de LL.* add. Forcat. *Dial. 46. n. 2.* Vaud. 1. *Quæst.* 23. P. Fab. *ad L. 207. de R. I. pag. 793. & seq.* ubi ostendit quod sicuti post rem iudicatam transigi nequit, ita nec post iureiurando decisam.

22) Caroc. *Quæst. 22. principali n. 1.* Seraphin *Privil. Iuram.* 50 Sed hoc ita in decisorio, non item alio obligationi adiecto. Unde hinc male arguunt, quod id moram inducat. Ita Kizel. *Exegesi de oblig. mutui Cap. 9. n. 78.* Sed & pro pacto convento cedit *L. 33. §. 1. h. t.* (immo maiorem vim habet. Vid. sup. *Not. Cap. 7. N. 6.*) indeque perimit naturalem obligationem *L. 95 §. 4. de solut.* non autem civilem *§. æque 4. I. de exc.* Vid. *not. supra Cap. 7. N. 1.* Quando iuramentum vim expressi habeat, vid. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl. 7. n. 112. & seqq.*

23) Vid. *Not. Cap. præced. N. 10.*

sibi fundus restitueretur. Ita factum est, procedente tempore, ut eo usque possideret adversarius, donec illi usucapio impleretur. Non enim conventione petitoris interrupta est usucapio, quæ nec iudicio & litis contestatione esset interrupta. *L. 2. §. ult. infr. pro empt.* Ex quo & illi possessori præscriptio completa est, ut maxime quis eam illi non proficere quis dixerit; de quo nunc dubitatur. *L. nec bona, C. de præscr. long. temp.* Post id tempus petitor, qui de fundo iuraverat, eum fundum ex iureiurando petere instituit. Cum id faciat, perfecta iam a possessore usucapione, quæritur, an recte petat. Movet, quod si directa in rem actione experiretur, qua se dominum esse intenderet, præscriptione temporis summoveretur ab eo, qui usucapione dominus factus esset. Nam si possessori iam domino facto ultro competeret in rem actio: *L. in rem, supr. de rei vind.* multo magis possidenti exceptionem competere dixeris. *L. invitus, §. 1. infr. de reg. iur.* Et ait Iulianus, [24] *etiam*; idest, quamvis, *post præscriptionem longi temporis, utilem actionem eum habere.* Ait *post præscriptionem*. Hoc sic accipe post præscriptionem impletam. Sed a quo impletam? nempe a possessore, quo deferente petitor iuravit: ei enim soli longi temporis præscriptio acquiri potest, qui diu possedit. *L. 2. L. longi, C. de præs. lon. temp.* quod in proposito is non fecit, qui nunc agit. Cur enim ageret, si nunc possideret? aut quid utili actione ex iureiurando ei opus esset, si usucapione quæsitum dominium obtineret? Iam vero quando hanc præscriptionem a possessore impletam esse volumus? Postquam petitor iuravit fundum suum esse. Nam si prius quam iusiurandum detulisset possessor, fundum usucepisset, ac deinde deferente eo petitor iuraret fundum esse suum: nulla esset dubitatio, quin actio ex iureiurando teneret possessorem: cum nulla nova caussa secuta esset iusiurandum, quæ illi dominium adiiceret. At cum post iusiurandum præscriptionem implevit, ibi nova ex caussa dominus factus consequi videtur, ut dominium aliis omnibus auferat, nec illi obstet iusiurandum, cui nova caussa & nova defensio obiicitur. Arg. in *L. si, mater §. eandem, infr. de exc. rei iud.* Atque hinc huius loci dubitatio. Ait, *eum qui in hac specie iuravit, utilem actionem habere;* utilem intelligens, ex iureiurando, de quo nunc agitur: atque illud innuens, frustra in proposito post præscriptionem a possessore impletam directa actione agi omisso iureiurando: quod si ex iureiurando agatur, ac proinde utili actione: recte agi, nec obstare agenti præscriptionem. Cur ergo non obest ei præscriptio longi temporis, quæ a possessore post iusiurandum impleta est? Quia si post litem cum possessore vere contestatam inter moras litis præscriptio impleta esset, nihil ei proficeret: ut effectu perinde esset, quasi nec esset impleta. *d. L. nec bona, C. de præs. lon. temp.* Iusiurandum autem litis contestatæ vim habet, ut supra diximus. Vulgo sic interpretantur: ut dicant, eum qui iuravit, fundum suum esse, sive iuravit post præscriptionem longi temporis a se acquisitam, sive iuravit ante, deinde præscriptionem implevit: possessione postea amissa, cum possessio ad eum qui iusiurandum detulerat, pervenisset, etiam adversus hunc utilem actionem ex iureiurando habere: cum dubitari posset, an tantum haberet actionem in rem, postquam usucepit. Quæ sententia inepta est, & inutilis. Nam cui potuit [25] esse dubium, actionem in factum ex iureiurando dari posse etiam ei, qui usucepisset? Quod enim res ab eodem usucapta est, non facit quominus de ea re pluribus actionibus agi possit, sed quo magis. Distinctæ sunt hæ caussæ, usucapio iusiurandum. Ideo quo minus ex singulis recte agatur, nihil impedit. *L. & an eadem, §. actiones, infr. de exc. rei iud.* Deinde quid attinuit quærere, an is qui usucepisset, posset utili actione ex iureiurando petere, cum huius rei quæstio in iudicio incidere nullo modo possit? Aut enim possessor actionem istam utilem a se removebit, quod dicat actorem rem usucepisse; aut de usucapione silebit, nec ad eam actionem removendam alia exceptione utetur. Si ideo non recte utili actione secum agi dicit, quia actor usucepit: ipse se oppugnat, & de dominio actoris confitendo litem dirimit. Sin de usucapione actoris nihil obiicit; quid restat, nisi ut utilis actio ex iureiurando procedat, quasi nulla præscriptio longi temporis actori accessisset?

CAP.

24) Convenit Duar. *in Prior. Comm. hoc tit. Cap. 22. & in Poster. Cap. 5. fol.* 869. ac probat Fachin. 1. *Contr.* 70

25) Et de hoc tamen non modo dubitat, sed plane negat Vult. *ut not. Cap. præced. N.* 4 Sane Caroc. *Quæst.* 24. *principali n.* 4. ex vulgari hac acceptione *d. ff. §. 1.* putat exceptionem regulæ oriri, quod semel dominus non fiat amplius. In quo omnino fallitur. Ut & Zas. *ad dict. §. 1.* & alii qui per actionem utilem intelligunt, *ibidem*, ex præscriptione, inde colligentes ea non nisi utile dominium acquiri. Quomodo & Ræv. *in Tribon. n.* 10. exponit utilem actionem datam ex præscriptione, quam inde probare nititur ex prætoris edicto esse, & in Italici quoque soli rebus locum habuisse.

C A P. X.

De vi iudicialis iurisiurandi.

S U M M A R I A.

1. *Actio & exceptio edicto promissa ad solum voluntarium, & extraiudiciale iusiurandum proprie pertinet.*
2. *Iudicialis iurisiurandi vis, & quæ huic cum extraiudiciali communia, quæ diversa.*
3. *Iusiurandum iudicio cœpto præstandum sub ipso iudice: extraiudicium non est necesse, & cur.*
4. *Iusiurandum iudiciale interdum revocari non potest.*
5. *Ad iudiciale iusiurandum servandum actio aut exceptio inutilis: sententia iudicis opus est.*
6. *Sententia ex iureiurando iudiciali lata quam vim habeat.*

1 QUÆ † de vi iurisiurandi hactenus dicta sunt, de eo [1] dicta sunt, quod extra iudicium, seu de re in iudicium non deducta interpositum est: quod vulgo voluntarium appellatur. Alia vis & conditio est eius, quod interponitur in lite & iudicio iam instituto. Nec quemquam moveat edictum, quo de vi iurisiurandi ita cautum est (ut quidem id sub hoc titulo propositum & expositum habemus) ut non aliis conditionibus, nec aliis modis placeat iusiurandum servari, quam quos supra diximus. Etsi enim edictum, ubi & quando iusiurandum interponatur, initio nihil exprimit: tamen cum exceptionem & actionem ex eo pollicetur, ex effectis satis declaratur, quodnam genus intelligat: quoniam actio aut exceptio ex iureiurando non alii convenit, quam ei qui iuravit, iudicio nondum cœpto. Quod ita intelligetur, si docuerimus ei qui post litem contestatam de re controversa iuravit, neutram esse necessariam. De quo postea in ratione huius iurisiurandi tuendi dicendum est. Sed si de vi huius iurisiurandi verbis edicti cautum non est: unde ius de hoc genere? Partim effectum est ex sententia edicti, partim casum constitutionibus, ut deinceps in partibus huius iuris exponendis patebit. Sed & hoc iusiurandum, quod de re iudicio controversa interponitur, non est unius generis. Aut enim [2] interponitur ex consensu utriusque partis, aut qui altera invita a iudice defertur. Illud iudiciale; Hoc necessarium vulgo dicitur, ut initio diximus. Quorum & ipsorum cum non eadem vis sit; separatim etiam de utroque dicendum est. Ac de iudiciali, quod cum priore maiorem conventionem habet, prius cognoscendum. † Ergo & iusiurandum, quod post 2
litem contestatam de re controversa adversario postulante interponitur, ratum habetur. *L. 1. hic. L. 1. C. eod.* Quod ius ex sententia edicti recte ducitur. Nam si ex edicto valet id, quod ante iudicium interpositum est; multo magis servari oportet, quod interpositum est postea, ubi auctoritas iudicii accesserit. Sed quantumvis proficiscatur & hoc ex litigatorum consensu, ut & superius; non tamen servatur iisdem omnino conditionibus, neque eodem modo. Ex quo evenit, ut vis quoque nonnihil sit dissimilis. In conditionibus hoc commune, quod iudiciale hoc ut ratum sit, easdem conditiones exigit, quas in voluntario & extraiudiciali desiderari diximus. Nam primum volumus ita id servari, si postulante adversario iuratum sit; sive litigator ipse deferat approbante iudice; sive deferat iudex postulante litigatore, ut deferretur. Ut enim iudex uni ex litigatoribus deferat altero invito, in dubiis tantum caussis receptum est, & eo iureiurando, quod necessarium vulgo appellatur: de quo nunc non agimus. Itaque in summa exigitur hic quoque id, quod est in edicto, ut quamvis res agatur apud iudi-

1) Ita & supra *Cap.* 3. *n.* 3. *N.* 2. Sed hæc Donelli sententia, nec sibi ipsi constare videtur. Statuit enim idem ad voluntarium suscipiendum neminem cogi, ut infr. *Cap.* 11. *n.* 2. Atqui & verba edicti sunt, *iurare cogam L.* 34. §. 6. *hoc tit.* Nisi hæc, ut opinor, nostri mens, quod prior edicti pars de iurisiurandi suscepti vi, solum loquatur de voluntario. Posterior autem de necessitate suscipiendi, ut *infr. C.* 12. solum de iudiciali: sed verius est & priorem partem de hoc quoque loqui, nec minus hoc quam illud actionem ex iureiurando, itemque exceptionem parere, ut *not. infr. N.* 5. Partem in aliam nimis deflectunt Borch. *Cap.* 2. *n.* 4. *&* Vult. *ad* §. *item si* 11. *Inst. de act. n.* 8. *&* 1. *Discept.* 7. volentes edictum totum solum loqui de iuramento iudiciali. Vult. amplius unicum locum esse in toto *hoc tit.* de extraiudiciali, nempe *L.* 17. *pr. hoc tit.* Quem tamen *L.* 28 §. *ult. h. tit.* clare refellit. Et plures loci *h. tit.* qui de alio quam voluntario commode accipi nequeunt.

2) Quod pars litigans defert parti litiganti in iudicio, iudice approbante. Beust. *ad. Rub. D. h. t. n.* 58.

iudicem, tamen iuretur, delata conditione. Hinc cætera consequentia, quæ ad vim voluntarii & extraiudicialis exegimus; Nempe ut is deferat, qui deferre potuit, quoniam aliter nec videatur delatum; & ut recte iuretur, quia aliquo iusiurandum non fit: ubi tamen meminisse oportet remissionem iurisiurandi pro iureiurando esse; Et iuretur ex conditione delata; ideft, non revocata conditione, & statim: ubi non ita defertur, ut intra certum tempus iuretur; Et iisdem verbis, si quidem id postuletur ab eo, qui detulit. Atque hæc, ut dixi, extraiudiciali iuriiurandn eum iudiciali communia, cum de conditionibus ad vim utriusque pertinentibus agitur. Hoc interest, quod iudiciale præter superiora aliquid amplius exigit; in conditionibus autem communibus, quas diximus, nonnihil dissimile accidit circa iuris-
3 iurandi revocationem. † Et ad superiora omnia accedere oportet, quod inductum est constitutione Iustiniani. *L. generaliter in pr.* illic, *omne igitur*, C. eod. *ut omne iuramentum sive a iudicibus, sive a partibus illatum* 3 *vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso iudice detur:* sic enim verba sunt constitutionis. Loqui constitutionem de eo iureiurandn, quod in lite seu iudicio defertur, declarat, quod nihil interesse ait, utrum iusiurandum illatum sit in principio litis, ideft, iam ab initio cum primum per intentionem actoris & inficiationem aut defensionem rei lis contestata est, an in medio, an in definitiva sententia: quæ omnes aperte iudicii partes sunt. Sed & initio eius legis præfatur Iustinianus sibi in animo esse definire de omnibus iuramentis, sed quæ in litibus offeruntur. Itaque quod adiicitur, *sive a iudicibus, sive a partibus illatum sit*, sic accipiendum est: sive a iudicibus solis delatum sit, sive a partibus ita, ut vel pars deferret approbante iudice; vel iudex quidem: sed desiderante & postulante altera parte, ut planius explicatur in §. *sed iuramento, in pr.* & *fin. eod. L.* Hoc eo spectat, ut intelligamus nihil de iure vetere immutari hac constitutione in eo iureiurando, quod extra iudicium interpositum est inter privatos; sed ut ante, ita nunc quoque ex eo & reo exceptionem, & actori iuranti actionem esse, ut edicto comprehensum erat, & expressum est in *L. in duobus*, §. *ult. hic*. Exigit constitutio, ut quod iusiurandum defertur in lite, seu iudicio instituto, detur sub ipso iudice. Id valet: ut delatum præstetur coram iudice, apud quem agitur, seu audiente eo & cognoscente, quid & quo deferente iuretur. Nam quod ad verbum dandi attinet, non tantum veteribus dare & præstare iusiurandum eadem sunt, ut esse constat ex *L.* 5. §. *dato*, *L. nam postea*, *ver.* 2. *hic*. iuncta *L.* 1. *C. eod.* sed Iustinianus ipse in *eod. L.* eodem modo usurpat, ut patet ex §. *sed iuramento*, & §. *his de præsentibus:* ubi utroque verbo in eadem re promiscue utitur. His autem verbis, *sub iudice*, ipse ostendit in §. *ult. eiusdem L.* idem se intelligere, quod præsente & audiente iudice, non seorsim ab illo. Ergo quod iusiurandum lite contestata delatum alibi præstitum est, quam coram iudice, ex ea lege ratum non habetur, ut vitiose, nec iure præstitum, ideft, non ita, ut lex iubet. *L. quoties, supr. qui satisd. cog. L.* 3. *infr. de test. tut.* Nec vero abs re est, quod placuit in hac specie iusiurandum ita præstari: non utique quia sit in potestate iudicis repudiare delationem, ut non prius ea rata sit, quam si iudex auctor fuerit, ac proinde eius præsentia requiratur propter consensum: iniungitur enim contra iudici, ut delatione admissa, eum cui

3) Et ita quoque post conclusionem in caussa, vel publicato processu, & post sententiam appellatione interposita. Caroc. Q. *principali* 5. *n.* 1. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 9. *n.* 23. *ac seq.* Et Gilken. in *L.* 12. §. 1. *Cod. hoc tit. n.* 14. post conclusionem in caussa recusari posse. Et Anton. 19. *Err. Prag.* 9. termino probatorio lapso, exclusum a probatione, etiam a iuramenti oblatione: *Arg. L.* 11. *Cod. hoc tit.* & *per L.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* & idem tradit. Pacian. 1. *de Probat.* 70. *n.* 14. Iure autem Saxon. *Lib.* 1. *Art.* 6. comprobato *Nov. Elect. Augusti* 11. *P.* 1. post litem contestatam aut præstitam guarandam deferre nequit, quia id delationem hanc pro mutatione libelli habet Fachs. *Diff. iur. civil. Saxon* 52. *inter diff.* Zobel. 21. *n.* 7. *P.* 1. Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. de act. n.* 83. Beust. ad *Rub. h. tit. n.* 80. Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 9. *n.* 14 & *seqq.* & *Quæst.* 19. *n.* 22. Iacob. Schultes *Obs. forens.* 48. *n.* 16. & 3. *seqq.* Quæ dispositio quia exorbitans stricte accipienda. Rauchbar. *dict. Quæst.* 9. *n.* 22. Ideoque Moller. ad *dict. Novell.* 11. *n.* 8. & 9. super quæstione incidenti aut emergenti deferri posse censet. Quin immo cum Constitutio Saxon. de actore solum loquatur; reo adhuc id licere post iudicium acceptum, ut veritatem exceptionis committat religioni actoris, iudicatum refert Coler. *Decis.* 122. *n.* 10. & *n.* 14. add. Zanger. de *Except. Parte* 2. *Cap.* 21. *n.* 74. & *seqq.* Nam etsi regulariter dispositum in uno valere possit etiam in alio; hic tamen dispar merito caussa actoris, qui antequam experitur, perpendere potest, num probationem suscipere, anne ad delationem hanc confugere expediat, nec diu enim vagari ac variare cum rei incomodo permittendum: Et Rei, qui præter spem ad iudicium trahitur *L.* 2. *C. de dilat. L.* 6. *C. de temp. in int. Rest.* Adhæc, quia necessum erit, ut ante litem contestatam reus actori deferat iuramentum super exceptionibus peremptoriis, quæ nec ante obiici debent, nec disceptari possunt, ut nos *supr. Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 7. Nodum igitur in scirpo quærit Andr. Scheffer. *Parte* 2. *Q. Pract.* 12. dum inquirit, num non obsistente d. Constit. Sax. a reo actori deferri possit iusiurandum post actum illum cui alias vis est litis contestationis. Enimvero etsi hanc dispositionem miretur Wesenbec ad Sneidvin. in §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 83 expedire tamen sic statui, ne nisi initio & ipsa libelli oblatione delatio iuramenti recipiatur, censet posse Anton. Fab. *Cod. sui Lib.* 9. *Titulo* 22. *Art.* 7. Ventura de Valent. *Parth. Litig. Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 20.

cui iusiurandum delatum est, cogat iurare aut solvere. *L. delata*, *C. eod.* sed indicii ratio, & officium 4 iudicis in re cognoscenda ac ferenda sententia istam praesentiam eius in iureiurando praestando exigere videntur. Iudicis est, cum quid ad probationem adfertur, cognoscere diligenter, quale id sit, & in eo aestimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. iudices*, *C. de iud. L.* 3. *§. eiusdem*, *infr. de testib.* Ergo & illud scire, iusiurandum in lite esse praestitum, & quam recte praestitum sit: nam iusiurandum pro iusta probatione est. *L.* 5. *§. dato*, *L. sed si possessori*, *§. ult. hic*. Hoc vero scire, nisi praesente eo iusiurandum praestitum sit, non potest. Eiusdem iudicis est, cum sententiam dicit, certam ferre. *L. pen. L. ult. C. de sent. quae sin. cer. quant. prof.* Vel hoc maxime nomine audire & cognoscere debet, quid iuretur. Sic enim fit, ut sciat, quid sit in iureiurando, ut inde habeat, quid sententia complectatur. Et hoc ita servari placet inter praesentes sine exceptione. Quod si is cui iusiurandum defertur, absit, dum forte per procuratorem litigat; cautum est eadem *L. generaliter*, *§. his praesentibus*. Si is cognita delatione adversarii susceperit iusiurandum absens, & iuraverit; ita ratum esse posse iusiurandum, si iudex existimaverit non posse aut non debere absentem evocari iurisiurandi caussa, qui autem iurat, iuret *sub actorum testificatione*; deinde *gesta super iuramento secuta* iudici litis intimentur; sic enim loquitur constitutio. Est autem haec sententia; ut is qui iurat, ita iuret, ut res transigatur apud iudicem eius loci, in quo absens degit, actis intervenientibus; idest, adeatur is iudex; apud eum exponatur, huic litigatori de quo agitur, deferri iusiurandum ab adversario; atque ibi is cui defertur, dicat se iusiurandum suscipere, ac iuret: res autem gesta actis eius indicis mandetur; sic deinde acta referantur ad iudicem litis, ut is cognita actorum testificatione sciat, quid de re statuere debeat. Sed quoniam haec ita sunt, si iudex existimaverit absentem evocandum non esse; prior hic quaestio est, iureiurando absenti parti delato, quid iudex existimare & statuere debeat de absente evocando, aut non evocando: quam & hic attingeremus, nisi magis esset illius loci quaestio, in quo de necessitate iurisiurandi subeundi, aut referendi agitur; quocirca & in eum locum a me reiicietur. Ergo hoc amplius est in iureiurando iudiciali, quam voluntario, quod illud proprie dum ex delatione praestatur, praesentiam ac velut auctoritatem iudicis desiderat; hoc nequaquam. † In 4 conditionibus autem communibus, cum de eo agitur, ut iuretur, nondum revocato iureiurando: quod utriusque generis commune est; hoc quoque dissimile fit in utroque circa revocationem, quod extraiudiciale delatum, ut iuretur intra certum tempus, semper intra id tempus revocari potest; iudiciale non semper: quod ex hac re accidit. Nam ius de revocatione iurisiurandi ita est; iusiurandum ita delatum, ut intra certum tempus iuretur, posse revocari ante sententiam; post sententiam autem quae appellatione suspensa non sit, vel quae ex appellatione confirmata fuerit, non posse. *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* Ut post huiusmodi sententiam revocetur iusiurandum delatum & necdum praestitum (de eo enim agimus) in iusiurandum voluntarium seu extraiudiciale non cadit; ut proinde metuendum non sit, ne non semper possit revocari ex supra scripta lege; in iudiciale potest cadere; quod cum accidit, necesse est ex eadem lege cessare revocationem. Fit autem id hac ratione. Nam cum extra iudicium res transigitur, prius delatum iusiurandum praestatur aut recusatur, quam ulla sententia, atque adeo iudicium ullum intervenerit. ita non potest dici nondum praestitum post sententiam revocari, ubi praestationem sententia non praecessit. Cum autem de re iudicio agitur, iudex, quo pars petiit, ut iusiurandum alteri parti deferret, potest statim sententiam ferre, qua iusiurandum deferat adversario, ut sententia valeat: dum ferat hoc modo, ut actore delationem petente ita dicat: si reus intra tot dies iuraverit se non debere, cum absolvo; aut contra reo delationem postulante dicat: si actor intra tot dies iuraverit sibi dari oportere, reum in tantam summam condemno. Nam has sententias etiam multo ante tempora Iustiniani ferri solitas & receptas esse supra diximus, & probat *L. cum iudex*, *C. de sent. & interl.* Finge ergo ab eiusmodi sententia non appellari. Nempe ex superiore lege frustra is cuius postulatu iusiurandum delatum est, id revocabit, etsi maxi-

4) Et iusiurandum hoc probationis loco. Iudicis autem est existimare quid probatum. Donell. ad *dict. L.* 12. *princ. n.* 4. Et quod delatio huius vim non habeat, nisi Iudice approbante Gilken. ad *dict. L.* 12. *§.* 1. *n.* 10. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in Practica n.* 3. & post citatos plures Iacob. Schult. *Observ. forens.* 50. quem de hoc consule.

maxime tempora delati iurisiurandi largiantur: quippe rei iudicatæ standum est. *L. cum prolatis, infr. de re iud.* Quod si iudex sine sententia detulerit, ut iuraretur intra certum tempus; aut detulerit eiusmodi aliqua sententia, qualem modo diximus, sed a qua is, quo postulante iusiurandum delatum erat, appellarit: tum is & ante & post sententiam insiurandum recte revocabit intra tempora constituta: atque adeo si appellavit, quia hoc facto improbavit, ac velut rescidit sententiam, hoc ipso iusiurandum sententia delatum revocasse intelligitur: ut quamvis postea iuret adversarius, nihil ei prosit iusiurandum, quia non iam ex delato iureiurando iuraverit. Quæ si ita sunt: recte dixerimus neque iurisiurandi genus aut conditionem, neque deferendi tempus in caussa esse, cur non possit unum revocari potius, quam alterum; sed solam sententiam, qua id delatum est, si ab ea non sit appellatum. Illud notandum est, postquam placet etiam post sententiam a qua appellatum sit, revocari posse id quod postulante uno ex litigatoribus alteri delatum erat: ad hoc genus non pertinere id, de quo significatur in *L. generaliter, in pr. C. eod.* cum ita cavetur, si huiusmodi aliqua sententia, qualem diximus, iusiurandum delatum sit, & ab ea sententia appellatum; posse eum cui iusiurandum delatum est, iurare etiam pendente appellatione, non exspectata extrema sententia appellationis. Si hoc de eo iureiurando accipimus, quod postulante litigatore delatum est a iudice, falsum est. Nam si is qui postularat, appellavit, iusiurandum revocatum est, ut dixi: ut frustra postea ex ea delatione iuretur. Si autem is, qui insiurandum delatum erat: aperte is sententiæ beneficio uti non potest, qui appellando se eam repudiare, nec velle ea uti declaravit. Arg. *d. L. si quis iusiurandum, C. eod. L. ult. cir. fi. C. de cond. infer.* Sed de eo iureiurando dictum est, quod iudex uni altero invito sua auctoritate detulit, quod vulgo necessarium vocatur, cuiusmodi iusiurandum revocari non potest ab eo, qui appellavit: dubitatur tamen, an etiam non revocatum præstari possit pendente appellatione; de quo postea suo ordine dicetur.

5 Ut † non iisdem plane conditionibus præstitum in iudicio iusiurandum valet, quibus voluntarium, & quod extra iudicium interponitur: ita & eum suprascriptæ conditiones intervenerint, servandi ratio est 5 dissimilis. Nihil enim hic actione opus est iuranti actori, qui actionem de re de qua iuratum est, iam satis constitutam & iudicio inclusam habet: quippe quæ iureiurando eius non tollatur, sed confirmatur. Nihil exceptione opus iuranti reo, cum quo iudicium iam ante institutum est: quia actor qui cum illo agere cœperat, si post iusiurandum de eadem re agere insistet, non novam actionem instituet, quæ nulla illi nata est, sed in iam cœpta perseverabit, ut quæ sola illi competat. Nulla autem nova actione instituta adversus reum, exceptio illi est inutilis; cum non sit locus exceptioni, nisi ad excludendam actionem, quæ intenditur. *L. 2. infr. de re iud. §. 1. & deinceps. Inst. de exc.* Et hoc est, cur initio diximus de iureiurando iudiciali non caveri verbis edicti, qua parte pollicetur prætor exceptionem & actionem ex iureiurando; sed de eo, quod extra iudicium interpositum istas res ad futurum iudicium desiderat. Sed hoc maxime confirmari videtur in *L. in duobus, §. ult. hic*, ubi cum Paulus dixisset iusiurandum ex priore parte edicti inducere & actionem & exceptionem: ex eo quærit, quod inde iustam dubitationem habet, quid futurum sit, si forte diversis temporibus reus & actor iurave-

5) Ita & Donell. ad *L. 8. Cod. hoc. tit. n. 12. & 13. & ad L. 1. Cod. eod. n. 12.* Si in iudicio suscepto delatum, non denegari potest in reum actio, quæ iam instituta est, sed is sententia absolvitur, aut si actor iuravit, condemnatur. Et Hot. ad §. 11. *Instit. de act.* ad conventionale solum iusiurandum actionem pertinere. Quæ & olim Placentini opinio fuit, non dari actionem ex iuramento in iudicio præstito, sed expectari sententiam, unde actio. Verum ei adversa omnium aliorum sententia, teste Mudæo ad *d. §. 11. n. 3.* Quinimmo Vult. ad *dict. §. 11. n. 20. & Disceps. C. 7.* ut detur actio ex iureiurando requirit, ut sit præstitum iudicio, ex verbis *dict. §. 11. postulante* item *adversario* quæ ad controversias solum iudiciales spectare ait. Sed hunc quidem refellit satis *L. 28. §. ult. hoc tit.* Placentini vero & Donelli opinio convellitur (1) ex *L. 8. Cod. hoc tit.* verbo *acceri*; item verbo *remisso*, iunct. *L. 17 D. hoc t.* 2) *L. 3. princ. h. tit.* Verbis, *is cum quo agetur*, & postea: ipsum *reum*, (alias *d L. 8.* diceretur *creditor*; item *d. L. 3* princip. *debitorem*) (3) *dict. L. 3. §. 1. quacunque actione, quis conveniatur*; non dicitur, *conveniri possit*. (4) *L. 9. §. ult. hoc tit.* ubi datur actio, si petitor & ita lite contestata *L. 15. Rem. rat. hab.*) iuravit (5) in *L. 28. §. ult.* vocula *forte* exemplum arguit, non restrictionem, immo hanc removet. (6) *L. 30. §. 3. in popularibus actionibus* scilicet iam intentatis. (7) *L. 34. §. 7.* ubi ei cui relatum est iusiurandum & ita iudiciale *L. 17. pr. hoc tit.* si iurare recuset, Prætor iudicium non dabit, & ita denegatur & hic actio, contra quam Donellus. Non obstat *dict. L. 34. §. ult.* Nam non rarum est, plures ad idem obtinendum actiones dari, sive ut unam eligat acturus, sive ut electa quoque ac peracta una, si ea non obtinuerit finem, altera superet. Vid. *not. supr. Lib. 21. Cap. 3. N. 4.* Et quid si sententia non sequatur, forte eo qui detulit, post præstationem iurisiurandi, iudicium declinante: aut, si idem actor fuit, deserente, nec peragente; adversario autem qui præstitit, satis in viribus iuramenti confidente. Mudæ. *d. loc.* & Gilken. ad *d. L. 8. n. 10.* ostendens doctrinam Donelli absolutam non esse. Quid quod Vulteius contendit nec ex sententia in eodem iudicio oriri actionem iudicati directam, ut *not. supr. Cap. 8. N. 4.*

raverint: ille se dare non oportere; hic dari sibi oportere: & addit nominatim: si iuraverint *extra iudicium*. Quid opus fuit addere *extra iudicium*, si iureiurando de re in iudicium iam deducta præstito, æque quæstio procedere potuit? sed ideo additum est, quia aliter non potuit procedere quæstio: & non potuit ideo, quia quæstio ponitur de conflictu actionis & exceptionis: quibus verbis tunc solum locus est, cum nullo de re controversa iudicio instituto iuratum fuit. Quid ergo hic fiet, cum iuratum est in iudicio & apud iudicem? id quod iudicii lex, & officium iudicis postulant. Nempe lite contestata, postquam res, quantum potuit, diligenter quæsita esset: sequeretur sententia iudicis. *L. de qua re, supr. de iud.* eaque ita instituereiur, ut reum non convictum & maxime de se probantem iudex absolveret; convictum actoris probatione condemnaret. *L. negantes, C. de act. & obl. L. 1. C. de exsec. rei iud.* Idem ergo & iureiurando interposito servari oportet. Iusiurandum [6] pro iusta & præter cæteras maxime certa probatione haberi diximus. *L. 5. §. dato, L. sed si possessori, §. ult. hic.* Consequens igitur, ut si lite contestata iusiurandum datum sit, ibi iudex quasi re satis probata sententiam ferat, qua iurisiurandi fidem secutus reum iurantem absolvat; actore iurante condemnet: quod & faciendum esse præcipitur in *L. iusiurandum & ad 34. §. ult. hic.* Nec interest, utrum multo post litem contestatam id fiat, an statim apud Magistratum, dum scilicet postquam actor intendit sibi dari oportere, reus negavit (quo facto lis contestatur. *L. 1. C. de lit. cont.*) ibi ne susciperetur longior de ea re contentio, statim aut actor reo, aut reus actori iusiurandum detulit. Nam & cum id factum est, magistratus per litis contestationem iudex esse cœpit. Quæ res ei has quoque partes imponit, ut statim reum absolvat, si iuraverit; actore autem iurante condemnet, detque condemnato tempus legitimum ad solvendum: ut fieret, si debitor in ius vocatus apud magistratum statim esset confessus. *L. si debitori, supr. de iud.* Iusiurandum ergo in iudicio præstitum sequetur non actio aut exceptio: utraque ad id quod iam in iudicium deductum est, obtinendum inutilis; sed sententia iudicis, qua secundum iurantem iudicetur, ut iudicii ratio exigit, atque hoc modo servabitur iusiurandum. † Quo admisso diligenter 6 videndum est, quam vim huius sententiæ esse velimus. Quid enim? volumus ut sententiam valere? dicendum erit ab ea appellari posse, ut est conditio aliarum sententiarum. *L. 1. infr. de app.* Ita eo minor vis erit iurisiurandi, quod ad id confirmandum sententia accesserit: quod est absurdum. Rursum volumus eam ut iusiurandum servari, quia ex iureiurando proficiscitur? ergo si quid proprium est sententiæ, id in hac sententia non attendemus, & hoc modo sententia erit inutilis: quod in iudicio & sententia iusta ferendum non videtur. Quid ergo est? Et placuit [7] eam neque per se ut sententiam solam, neque rursum ut iusiurandum solum servari; sed utriusque vim habere, & sententiæ & iurisiurandi: scilicet ut si quid certius sit & firmius in decisione iurisiurandi, quam in sententia sine iureiurando lata, id ad vim huius sententiæ accedat: & simul si quid amplius præstet sententia, quam per se iusiurandum, id ipsum & hæc sententia complectatur. Proinde cum ab aliis sententiis appellari possit: proprium est huius [8] sententiæ, ut non possit ab ea appellare qui iusiurandum detulit: pro-

6) *L. 11. ibi: alias probationes* Cod. *hoc tit. Nov. 73. Cap. 9. princip.* Et quidem quod vere ac proprie sit probatio, vult Menoch. *Lib. 1. Præsumt. Quæst. 1. n. 36.* quis, ait, confessio omnium probationum maxima. Contraria tamen receptior, quod large probatio dicatur per *dict. L. 5. §. 2.* verbo, *quasi & dict. §. ult.* verbo, *perinde haberi*. De quo hinc inde Dnar. 1. *Disput.* 26. Vaud. *Lib. 1. Quæst.* 13. n. 11. Pinell. *ad L. 1. Cod. de Bon. matern. Parte 3. n.* 50. Caroc. *Q. principali* 39 Beust. *ad L. 3. §. ult. & 2. seqq. hoc titulo n. 25. & seqq.* Seraphin. *Privileg. iuram.* 38. *n.* 5. & 6. Benckendorff *ad* Seraphin. *Privileg.* 17. n. 15. *& seqq.* Asin. *de Exsecut. §. 9 Cap.* 60. *pag.* 658. Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 11. *n.* 25. & *n.* 31. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 20. §. 1. *n* 60. *ac sequentib.* Sane Modestin. Pist. *Parte* 2. *Q.* 79. iudicatum refert, eum cui per sententiam probatio iniuncta, non posse deferre adversario iuramentum, si ea in rem iudicatam transiit. Quia, ait, delatio hæc, verius relevatio ab onere probandi quam probatio. Subdit idem, quod iuramentum species probationis non habet locum in eo, quod adversario defertur, sed in casibus iis, quibus probare licet per iusiurandum proprium, Sane quando probationi locus non est, nec iurisiurandi delationi. Unde si conventus ex cautione liquida paratæ exsecutionis, compensationem debiti illiquidi obiiciat & religioni adversarii committat, non auditur, ut mora exsecutioni iniiciatur. Vid. Iac. Schult. *Obs. forens.* 40.

7) Quomodo paratam habeat exsecutionem, vid. *supr. Cap.* 8. *N.* 15.

8) Inconveniens vero ratio Carocii *Q.* 47. *principali* quia nec confessus appellat. Iuramento autem vis confessionis. Vis enim immo confessionis, si iurare nolit *L.* 38. *hoc tit.* Melius Seraphin. *Privil. iuram.* 102. *n.* 2. quia deferens videtur confiteri id verum esse quod per adversarium iuratum erit. Confessionis enim vim non habet iuramentum ipsum, neque ex parte iurantis, neque deferentis, sed eiusdem delatio. Idem *Priv.* 103. *n.* 3. Qui & *d. Priv.* 102. *n.* 5. & 6. addit, quia vim rei iudicatæ habet, & quis in exsecutionem de illo factæ præstitum. Ab exsecutione vero non appellatur. Add. Petr. Gregor. 2. *de Appel.* 13. *n.* 2. Borch. *hoc tit. Cap.* 9. *n.* 10. *& seq.* cuius verba more suo usurpat transcriptor Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 8. n. 6. *& seqq.* Nam idem obtineat in iuramento relato: Vid. not. *supr. Cap.* 3. *N.* 5. Excipiuntur caussæ matrimoniales & spirituales. Seraphin. *dict. Privil.* 102. *n.* 8. & 9. Caroc. *d. Q.* 47.

pter iusiurandum & conventionem, unde sententia nascitur. *Quis enim*, ait lex, *ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit?* L. generaliter. §. *sed iuramento*, C. *eod.* Itaque hactenus sententia & iurisiurandi vim habet: nam hoc retractare non licet. *L.* 1. *C. eod. L. quod si deferente*, *supr. de dol.* Qua ratione vere dicitur & hoc, & extraiudiciale iusiurandum maiorem auctoritatem habere, quam rem iudicatam. *L.* 2. *hic*. Sed utcunque proficiscitur hæc sententia ex iureiurando & conventione; sententia tamen est re vera, recte atque ordine lata in iudicio adversus eum, qui legitima probatione pro convicto habetur. Nam iusiurandum pro iusta probatione cedit, ut sæpe iam diximus. *d. L.* 5. §. *dato*, *L. sed si possessori*, §. *ult. hic*. Merito igitur & sententiæ potestatem obtinet. Hoc vero interdum plus præstat, quam iusiurandum: quod in his quæ extra rem petitam sententia continet, cernitur: ut in infamia. Nemo enim reus iureiurando adversarii fit infamis, quamvis actor ex famosa caussa sibi dari oportere iuraverit: puta iuraverit sibi furtum factum esse, quoniam non iudicatur, seu damnatur is, adversus quem iuratur extra iudicium. Solus autem ex edicto notatur infamia, qui furtum fecisse iudicatus erit. *L.* 1. *supr. de his qui not. inf.* Quod si iudicio furti instituto actor deferente reo idem iuraverit; placet hoc iudicio postea damnatum famosum esse, non aliter quam si aliis idoneis probationibus reus convictus damnatus esset. *L. nam postea*, §. *si damnetur*, *hic*. Cernitur hoc idem in expensis litis: in quas condemnari iubetur is, qui ob iusiurandum adversarii victus est: cum ex iureiurando extraiudiciali, si quæ impensæ factæ sint, ut ad id perveniretur, nulla earum ratio habeatur. Idque est, quod in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* iubetur iudex expendere impensas huiusmodi, utrum ab una parte præstari oporteat, an ab utraque. Recte Accursius; ab una præstari debere, si una tantum pars & ea adversa iuret; ab utraque, si de diversis capitulis delatum sit invicem iusiurandum.

CAP. XI.

De vi necessarii iurisiurandi,

SUMMARIA.

1. *Etiam per iudicem rem iureiurando decidi posse, quod vulgo vocatur Necessarium; & Necessarii a cæteris generibus distinguendi caussa.*
2. *Necessarii iurisiurandi conditiones cum reliquis generibus communes*
3. *Necessarii proprium, ut deferatur in inopia probationum, & quam inopiam hic accipere debeamus. exposita* L. 3. C. eod.
4. *Nec in semiplena probatione rem decidi posse per iudicem iureiurando: refutata sententia vulgaris.*
5. *Inopiam probationum hic accipi debere, cum caussa est dubia, & par utrinque probatio.*
6. *Dubiæ caussæ quæ in* L. *admonendi.*
7. *In pari probatione litigatorum cur iureiurando per iudicem res decidi possit potius quam cum nihil probatur, aut non plene.*
8. *Necessario iureiurando posse iudicem in dubiis caussis rem decidere, non etiam necesse habere.*
9. *Necessarium iusiurandum utri ex litigatoribus deferendum.*
10. *Necessarium delatum iudex remittere non potest.*
11. *Necessarii iusiurandi servandi modus, ut secundum eum iudicetur, qui iuraverit.*
12. *Necessario ex iureiurando latam sententiam retractari posse & appellatione, & novis instrumentis solis post repertis.*
13. *Cur instrumentis solis, non testibus.*
14. *Illa verba L. admonendi*, sed hæ constitutiones tunc locum habere, *quomodo interpretanda.*
15. *Necessarium iusiurandum quo remedio, & intra quæ tempora retractare liceat.*

De vi duorum generum iurisiurandi dictum est, voluntarii & iudicialis, idest, ut planius dicamus, de vi iurisiurandi, quod a parte parti delatum est, alias extra iudicium, alias in iudicio; quorum illud voluntarium, hoc iudiciale vulgo nominatur. Superest de vi tertii generis cognoscamus, idest, de vi necessarii iurisiurandi: sic enim vocant id, quod in
1 iudicio a iudice solo defertur. † De cuius natura ne prius quæratur, quam constiterit id receptum esse, ante omnia sic habendum est: non solum inter litigantes negotium transigi posse iureiurando; sed etiam per iudicem iureiurando rem decidi posse, ut est in *L.* 3. *C. eod.* Per iudicem, inquam, ita, ut ille uni ex litigatoribus deferat iusiurandum invito altero, tum deinde exacto iureiurando, secundum eum iudicet, qui iuraverit, ut declaratur in

in *L. admonendi, hic.* Ius receptum [1] non edicto, ut est vis ea, de qua postea dicturi sumus; sed constitutionibus, ut indicat *d. L. admonendi.* Quo recepto, statim nova hic species facile se ostendit: sic enim intelligimus commune esse ad vim omnis iurisiurandi, ut iurare oporteat conditione delata, quod exigitur edicto prætoris; verum in deferentibus hoc esse discrimen, quod interdum a litigatoribus defertur, nonnunquam a iudice. Deferuntur superiora genera duo a litigatoribus: certe deferuntur litigatorum consensu: cum etiam iudiciale quod diximus, quamvis iudicis verbis delatum, non tamen deferatur, nisi postulante & prius deferente eo, ad quem ea res pertinet. A iudice solum proficiscitur id, de quo nunc agimus: Ex quo primum horum generum discrimen apparet: discrimen tamen eiusmodi, quod si solum esset, nihil faceret ad hoc genus distinguendum a iudiciali superiore. Dici enim posset omne iudiciale pariter ratum esse. Deferri quidem id a iudice, alias postulante uno ex litigatoribus adversus quem iuratur, nonnunquam etiam invito eo: sed utrum fiat, nihil interesse. Nunc autem ut in eo, quo per iudicem res deciditur, alius est qui defert, iudex: ita & hoc ipsum longe dissimili conditione & potestate habetur, quam superiora. Quare merito hoc tertium genus facimus, fecerimusque a prioribus. De cuius iure ita recte constare poterit, si per eosdem illos locos ibimus, qui horum generum naturam continent: ut videamus hic quoque, quibus conditionibus servetur hoc genus; quis sit servandi modus; quæ vis huius iurisiurandi,
2 & quousque progrediatur. † Conditiones cum superioribus generibus communes hæ sunt. In primis iurari oportet, ut sit iusiurandum, quod servetur. *L. admonendi, hic.* Sed & iurari oportet alio deferente, nempe iudice. Semper enim illud tenendum est, iniquum esse quemquam in re sua testem aut iudicem fieri invitis iis, penes quos decidendæ rei potestas est. *L. 3. hic. L. nullus: infr. de testib. L. Iulianus ait, supr. de iud.* Ideo nec revocari iusiurandum oportet, quod revocatum pro delato non habetur. Et quoniam exigimus, ut iuretur delata conditione: fit, ut ex hac quoque delatione iurari oporteat. Quod in eo est, ut iuretur in eadem verba, quæ iudex præibit, & iuretur statim. Quæ ante a nobis sunt exposita, sumunturque prope omnia ex sententia & interpretatione edicti. Hoc amplius, quia defertur præcipue hoc iusiurandum in lite & iudicio: etiam maxime [2] præsente iudice præstari debet, ex *L. generaliter, vers. omne igitur, C. eod.* Duo sunt in potestate iudicis propria huius generis, cum de deferendo, remittendove iureiurando agitur. Nam in his sacramentis, quæ a litigatore deferuntur, potestas est litigatori, ut videtur, & cum videtur, iusiurandum deferendi, sive aliæ probationes non suppetant, sive idoneæ suppetant: quippe dominus est, qui defert. Licet autem cuique paciscendo & transigendo iuris sui persecutionem deteriorem constituere, si cui modo rerum suarum administratio iure adempta non sit. *L. pactum, supr. de pact. §. 1. Inst. quib. al. li. vel non.* Sed & cum detulerit iusiurandum, si videt adversarium id suscipere, & iurare paratum, potest ei iusiurandum remittere, ut non minus prosit illi hæc remissio, quam si iurasset. *L. 5. §. ult. & L. 6. hic, L. actori, C. eod.* Utrumque aliter in eo iureiurando, quod iudex auctoritate sua exigit. Nam neque pro arbitrio deferre id iudex potest: & cum detulerit, non potest id remittere, ut ex ea remissione lis decidatur. Neque enim iudex dominus est litis, ut liceat ei de re statuere, ut vult. Iudex est, ut pro officio iudicet, idest, re cognita ius dicat, seu dicat quod legibus & moribus proditum est. *Inst. de off. iud. in pr.* Res ei denique pro officio cognoscenda committitur, non perdenda. *L. indices, C. de iud. L. cum hi, §. si prætor, supr. de trans.* Iusiurandum autem uni ex litigatoribus deferre invito altero, ut secundum eum iudicetur, qui iurarit, idque facere nulla iusta caussa exigente: hoc maxime est rem non cognoscere, sed perdere.

1) Diss. Theod. Marcil. *in L. 12. tab. Collect. & Interpret.* C. 72. *p.* 265 *ac seq.* iusiurandum hoc antiquum statuens. Quod prætor in caussis dubiis *ut d. L. 1. L. 31. D. h.* detulerit. Quales caussæ depositi sine arbitriis, ut Cic. *Parad.* 3. Terent. *Phorm* 1 *Sc.* 2 Iuvenal. *Sat.* 13. Et ita accipi *Nov.* 73. *C.* 4. qua depositario neganti defertur iusiurandum. Atque huc respici putat, cum apud Plaut. *Curcul.* 5. *Sc.* 3. res apud prætorem solvi dicitur (confer Tauman. *ad d. locum* Plauti) item cum creditum abiurare legimus Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Eodemque refert illud Persii *Sat.* 4

Si puteal multa cautus vibice flagellas.

(quæ tamen alio sensu donat Casaubon. *in Comm. ad* Pers. *ibid.*) Hoc denique proprie iudiciale vocari censet: Quæ eadem Rhadamanto via expediendarum litium visa fuerit.

2) Item adversario. Quem & hic citari oportet, ut veniat & iurare videat, ut recte Stiat. *Obs. Pract.* C. 20. *n.* 20. Gail. 1. *Obs.* 108. *n* 8 Foller. *ad Marant. P.* 6 *Actu* 9. *h. t. n.* 11. Meno. *Arb.* Ca. 264. *n.* 27. Beust. *ad L. admonendi* 31. *h. t. n.* 443. *& seqq* licet ratio eiusdem, quia hæc delatio non ex officio iudicis fiat, sed ad partis petitionem, non probanda ut *infr. N.* 22.

re. Idemque est, & si iurisiurandi gratiam faciat, ubi iusiurandum exigere iubetur. Merito igitur hæc potestas iurisiurandi deferendi in iudice certis legibus inclusa est,
3 ne extra has ille iniuriam faceret. † Conditiones ad deferendum tres sunt; ut deferat in 3 inopia probationum: ut non in omni inopia, sed in dubiis caussis: ut cum deferendum erit, deferat caussa cognita. Primum placuit cum iureiurando exacto rem decidere posse in inopia probationum, ut expressum est rescripto Diocletiani & Maximiniani in *L.* 3. *C. eod.* ut sit hæc conditio ad rem hne iureiurando decidendam, si caussa laborabit inopia probationum, idest, si is qui probare debet, nihil idoneum adferat, quo iudex ex fide eorum, quæ probantur, secundum eum iudicare debeat. Proinde actore solo recte probante, aut intra iustam dilationem probare parato, iudex hac decisione non utetur. Quod recte placuit. Probationibus enim suppetentibus iusiurandum alteri parti deferre, ut secundum eum iudicetur, aut supervacuum est, aut iniquum. Si actori probanti defertur, supervacuum: quia & sine iureiurando satis probatum est, ut secundum eum debeat iudicari: nec eius iusiurandum quod invito adversario defertur, quidquam ad idoneam probationem adiecerit. Sin actore probante defertur reo, ut secundum eum iudicetur, idest, ut absolvatur: aperte iniquum & contra formam iuris, eum convictos iure condemnari conveniat, *L. negantes*, *C. de ob, & act.* Quod secus est, cum probationes deficiunt. Neque enim supervacuum est iusiurandum ad movendum animum iudicis, ubi non est alia probatio, quam is sequatur: & potest tum iusiurandum ita deferri, ut lata secundum eum qui iuravit sententia, res iniuria careat. Recte ergo ante omnia ad huius iurisiurandi delationem inopia probationum exigitur. Sed an quævis inopia huiusmodi ad eam rem sufficit? Et quod ad explicationem superioris rescripti Imperatorum diligenter notandum est, non in quavis inopia probationum locus est huic decisioni: tunc enim non est, cum actor non probavit. Nusquam quidem id diserte iisdem verbis scriptum legimus; sed aperte hæc vis & sententia est eius regulæ, qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit, *L. qui accusare*, *C. de eden.* Sicubi probationum inopia est, ibi est maxime, ubi actor cuius est probandi onus, non probat: sive quod nihil adferat ad probationem, sive quod non satis. Atqui superiore regula efficitur, in ista inopia non posse iudicem deferre iusiurandum alterutri ex litigatoribus, ut secundum eum iudicet, qui iuravit. Non enim certe actori deferet, ut secundum eum iudicetur, idest, reus condemnetur: quia regula hunc absolvi iubet. Sed nec deferet reo, ut non aliter eum absolvat, quam si ille iuraverit; vult enim regula non solum eum absolvi, sed etiam absolvi, quamvis nihil præstiterit. Et quidem absolvi reum, iureiurando prius ab eo exacto, iniuriosum est: quoniam sine iureiurando si absolvatur, caussa postea sub obtentu novorum instrumentorum retractari non potest, *L. Imperatores*, *infr. de re iud.* quod non item ei tribuitur, si iureiurando illi delato secundum eum iudicetur. *L. admonendi*, *hic.* Et in hanc sententiam omnes interpretes consentiunt.

Sed videamus, ne ita sententia non conveniat cum rescripto superiore, quo de ista inopia cavetur, idest, *d. L.* 3. *C. eod.* Ac primum cum dicamus non in omni inopia probationum posse caussam per iudicem decidi iureiurando: an non hæc sententia pugnat cum rescripto, quo generaliter & indistincte de ea inopia scriptum est? Minime. Nihil enim illic definitur de ea inopia; aut si quid: definitio non est generalis. Sic verba sunt rescripti: *inopia probationum, per iudicem iureiurando caussa cognita res decidi oportet.* Observandum est, non dici simpliciter rem decidi oportere in inopia probationum: quod si fieret, generalis esset definitio, omnem inopiam huius generis continens, unde nulla inopia satis commode exciperetur. Arg. *L. metum autem*, §. 1. *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, *vers. a quo*, *supr. de pet. her.* Sed dicitur, in hac inopia, oportere rem decidi, caussa cognita. Quo significatur, si quando inopia probationum res iureiurando decidenda est, id faciendum esse, *caussa cognita:* ut definitio rescripti non sit, quando res decidenda sit iureiurando; sed cum decidenda erit, qua circumspectione, seu quo observato sit decidenda. Hac conditione, cum inopia probationum res iureiurando decidenda
erit,

3) Plane Hippol. a Marsil. *sign.* 322. Casum singularem notat, quo post plenam probationem hoc deferatur. Veluti ait, si probavi perfecte me mutuo dedisse, sed non probata quantitas. Potest iusiurandum deferri ratione quantitatis, ut tamen iudex id moderari possit iuxta illud quod verosimile videtur. Et hanc opinionem communem esse post Eman. Suar. *in Thesauro sent. v. creditor* testatur Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 18. cuius fundamentum fit in *C. ex literis* 32. *extr. hoc tit.*

erit, nihil affirmatur ftatuiturve de eo, quando id faciendum fit: femperne & in omni inopia; an quandoque & in aliqua inopia certa. Conditio enim nihil ftatuit. *L. fi quis fub, infr. fi quis omif. cau. teft.* Ita utrum horum fit, dubium relinquitur. Dubitatio ad eos locos, in quibus id declaratur, ut ad regulam fuprafcriptam remittenda eft. Sed etfi definiretur illis verbis, oportere rem per iudicem iureiurando decidi *in inopia probationum*: tamen cum adiicitur, *cauffa cognita*, hoc ipfo fatis definitionem temperari intelligeremus, ut non deberet decidi in omni inopia; quoniam huius cognitionis pars eft, videre ex aliis partibus iuris, in qua inopia decidi iureiurando res poffit, in qua non poffit. Hactenus igitur fuperior regula refcripto priori nihil adverfatur. Sed efto: recte, nec repugnante illo refcripto dicatur, non in omni inopia probationum poffe rem per iudicem iureiurando decidi: attamen cum ad fpeciem eius inopiæ venientes, dicimus eam inopiam effe, cum actor non probat; an non hic maxime refcripto adverfamur? Imo vero non tam hoc videtur refcripto illi adverfari, quam refcriptum ipfum, & totum illud neceffarium iusiurandum tollere. Etfi enim refcriptum non fignificat litem per iudicem decidi debere iureiurando in omni inopia probationum: tamen hoc faltem efficit in aliqua inopia ita decidi poffe & debere. Alioqni ftulte diceret, cum inopia probationum res iureiurando per iudicem decidenda eft, id fieri debere, cauffa cognita. Hac autem inopia probationum fublata, cum actor non probat, quæ inopia alia relinquitur, in qua decifio hæc locum habeat? Quod fi nulla eft: an non priore illa inopia fublata, aperte & refcriptum illud, & *L. admonendi*, & breviter tota hæc poteftas rei per iudicem iureiurando decidendæ tollitur? Sane vero tollitur, fi nulla alia eft inopia probationum: quod & omnes interpretes fatentur. Ideo cum illis aliam effe dicimus, in qua ius fuperius confiftat; tantumque hoc fupereft, ut quænam ea fit, quæratur. Sed hinc difficultas nafcitur, quod quænam fit, facile ftatui non poteft. Et vero illa [4] vulgo allata & probata eft, quæ fi verum amamus, nullo modo poteft defendi. Opponitur nobis hoc dilemma; aut actor probat, aut non probat. Si probat; vincit fine ullo iureiurando: reum enim convictum damnari oportet. *L. negantes, C. de ob. & act.* Si non probat: & fine iureiurando reus abfolvi debet ex regula fuperiore. *d. L. qui accufare, C. de eden.* Itaque utroque modo iusiurandum tollitur. Nec vero aliud tempus occurrit, cum aliud ftatui oporteat. Quid hic interpretes? Refpondent omiffum effe hic tertium membrum; cum actor fcilicet neque omnino probat, neque nihil, fed probat femiplene.

4) Ita omnes DD. tradere fcribit Beuft. ad *L. admonendi 31. h. t. n. 177.* intellige antiquos. Ac certe fi vel hæc opinio iure non niteretur, vel etiam iuri adverfa effet, ut Donellus & alii quidam: quia tamen ufu iudiciorum perpetuo & notiffimo ubique increbuit, vel ipfo impugnante licet Ant. Fabro *19. Err. Prag. 1. & in C. fue hoc tit. paffim* tefte, quin ius non fcriptum iamdiu effecerit, ambigendum nulli foret. Unde Forft. *de Iurifd. Rom. P. 2. lege Numa. 3. Regula 3. n. 57.* a divifione hac recedentem comparat ei, qui fymbolo fidei relicto novam fidei formam extruat. Et immo vulgata illa probationis in plenam & minus plenam divifio, ac fententia quod hæc iureiurando neceffario suppleatur, iure non ignota videtur. Quam & probant Aug Matthæac. *Lib. 2. de Via iuris C. 9.* Curt 2. *Coni. ad* Viv. 18. Forft *d. loc. n. 57. & n. 61. ac feqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 18. Mynf *ad Rub. extra de probat. n. 44. & feqq.* Zoanet. *ad L. 4. C. de edende n. 26. & feqq.* Beuft *ad L. admonendi 31. hoc tit. n. 431. & n. 938. ac feqq.* Borch. *h. t. C 8. n. 59. & feqq.* (ex quo pleraque tranfcripfit, ceu folet, Setfer. *Lib. 4. C. 10. & C. 12.*) Coraf. *ad d. L. 31. P. 2. n 85. & feqq.* (etfi ipfe fibi non conftare videatur *ibid. P. 3. n 31. ac feq*) Nec alienus videtur Cuiac. 22. *Obf.* 28. *in f.* verbis: *fed accipites, aut parum idonee & 4. Feud.* 36. Eaque fequentibus confirmatur. (1) Quia iuriiurando huic neceffario non alio cafu locus effe poteft. Nam Duareni & Donelli expofitio *d. L. 31. D. & L. 3. C. h. t.* non confiftere poteft, ut *infr. N.* 16. (2) Quia ut oftendit Matthæac. *d. C. 9. n* 11. tres gradus funt quibus acquiritur fcientia, aut potius firma affenfio in animo iudicis. (1) Levis fufpicio. (2) Vehemens, quæ inducit opinionem. (3) Plena quæ fatis perfuadet. Confer Coraf. *in d. L. 31. p. 2. n. 59. & feqq.* Unde Beuft *d. n.* 938. triplicem probationem ftatuit: Plenam, femiplenam, & quæ nec femiplena: Quæ etfi non locum dat huic iuramento, ut suppleatur ab eo, cuius probatione folum fufpicio contra adverfarium orta; attamen iuramentum purgationis huic deferre poteft, ut *fupr. C. 2. N. 2.* Bipartito ita licet dividere. Alia perfecta alia imperfecta. Hæc vel propior illi, quæ perficitur iureiurando hoc, vel remotior, quæ non item. Utraque tamen apta eft, aliis iunctis, perfici, *L. 3. §. 2.* ibi, *veluti confentiens fama D de teftib.* Et fi recte rem perpendimus, perfecta quidem etfi variis rebus effici poteft, ad effectum tamen fidei iudici *faciendæ* uniusmodi fere; (nam quod accedit abundat) imperfecta autem pluribus modis in eo variat. Nam & maior femiplena effe poteft, & quæ proxime abfit a perfecta. Veluti duo teftes; unus fidei fatis fpectatæ, alter non plane omni exceptione maior, fufpicione tamen non gravi laborans. (3) Ex *d. L. 3 §. 1.* verbis, *fcire potes quanta fides habenda teftibus*, conftat fidem quæ fit iudici, recipere intentionem & remiffionem, & modo plenam effe, modo non; modo maiorem, modo minorem, pro genere probationem difpari. Item *d. L. 3. §. 2.* quæ argumenta *ad quem modum* probanda cuique rei *fufficiant* Quare uti fides & affenfus modo plenus & integer, ut firma perfuafio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adiunctam habente; ita & probatio, argumentum faciens iudici fidem. (4) Ex *L. 5. ac feq. C. de probat.* fatis conftat plures probationes imperfectas, etfi diverfi generis, coniungi & ita firmum affenfum mereri poffe. Inconvincibile ergo eafdem per fe quoque & feorfim fubfiftere, alias nec iungi poffent. (5) Quin & in criminalibus indiciorum habetur ratio, quæ imperfecte probant *L. 22. C. de falf.* & inquiritur de aliis veftigiis veritatis *L. 5. §. 6. de re mil. L. 16. C. de pœn. & fimil.* Nec unquam alias torturæ locus. (6) Ex *C. ult. in f. extr. h. t. de iureiuran.* actori quoque iuramentum defertur, fi præfumptio pro eo, fi aliæ circumftantiæ fuadeant. Denique nec rationes contrariæ nimii funt ponderis, quas ordine refellemus inferius. *N.* 8. &c. ubi & æquitatem ac utilitatem diffentientibus adverfari, ac pro nobis facere oftendemus.

ne. Admittunt igitur actore plene probante, non esse locum isti decisioni, quam quærimus. Ne tunc quidem locum esse, cum actor non probat, ut superior regula loquitur, idest, ut intelligi volunt, cum omnino nihil probat, seu cum nihil omnino adfert ad probationem. Sed superesse dicunt tertium tempus, atque hanc alteram inopiam probationum, cum actor probat non plene, seu cum semiplene probat: veluti, cum testem prodocit, [5] idoneum quidem, sed unum tantum, non plures: eum ius ut minimum ad fidem faciendam duos exigat. *L. ubi, infr. de test.* In hac vero semiplena probatione locum dant superiori decisioni, deque ea inopia & *L. 3. C. eod.* & *L. admonendi, hic*, interpretantor. Quod ea ratione defendunt, quia qui semiplene probat, non possit dici non probare, cum probet aliquid, etsi non plene. Ex quo illa perplexa, & tam multis vexata quæstio apud illos, quæ sit semiplena probatio, & quibus [6] rebus inducatur: ut cum illæ præcesserint, possit actori deferri iusiurandum a iudice, quo secundum illum iudicetur, cum iuraverit: cumque de ea multa scripta sint, nondum tamen inter eos, quid esset illa probatio, potuit constare. Atque hæc summa est & una prope omnium sententia de hac decisione. Quid ergo, si ne in ista quidem inopia semiplenæ probationis potest lis per iudicem iureiurando decidi, non magis quam cum actor omnino nihil attulit ad probationem? Non modo istorum solutio, & disputatio omnis de semiplena ista probatione evanescit; sed una etiam obiectio superior confirmatur, atque adeo ipsorum quoque sententia redit eo, ut nusquam isto iureiurando possit lis decidi per iudicem: quoniam actore probante hanc decisionem repudient; in inopia autem probationum nullam inopiam huiusmodi agnoscant præter has duas, cum actor omnino non probavit, & cum probavit semiplene.

Atqui quod † ad refellendam istam sen- 4
tentiam vulgarem necessario dicendum sit: certo statuendum est [7] non magis in semiplena ista probatione, quam vocant, posse

5) Ubi in persona testis requiritur ut integræ sit existimationis, ac omni exceptione maior, suspicione vacuus. Sichard. ad *d. L. 3. C. h. t. n. 13. & seqq.* Coras *ibid. Part* 3. *n.* 36. Beust. *ibid. n* 1127 *& seqq. &* Gilken. *n.* 13. A. Fab. *C. suo h. t. Defin. 4. & Defin.* 30. Seraphin. *Privil. iuram.* 33 Ubi *n.* 50. *& seqq* hanc qualitatem probandam esse docet. Licet enim alias, inquit, bonus quilibet præsumitur, non tamen omni exceptione maior, neque etiam bonus omnino, cum de alterius præiudicio agitur *C. cum in iure 31. de off. deleg.* Et hæc quoque ante eum, mire commendans prodidit Zuchart. *de Miss. in possess. ex L. fin. C. de ed. D. Adr. toll. n.* 110. *& seqq.* Quod si obtineri in foro potest, maxime notabile est. In persona producentis, ne præsumptione contraria, vel minima oneretur. Vid Beust. in *d. L. admonendi n.* 1149. Mynf. 5. *Obs.* 68. Marsil. *Sing.* 451. Cravet. *de Antiq temp. P.* 1. *§. ult. n.* 29. Curt. 2. *Coni. ad Viv.* 18. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin. 4. & defin.* 44. *n.* 13. Meno. *Lib. 1. Præsumpt. Q.* 83. *n.* 5. Confer idem *d. Lib.* 1. *Q.* 32. In caussa & negocio, ut & duo testes ad plenam probationem in eo sufficiant. Non si id plures exigat, Coras. in *d. L admonendi* 31. *P.* 3. *n.* 39. Quod tanto minus dubii habet si ad solemnitatem plures lex requirit. Quare nec duobus vel tribus testibus testamentum semiplene probatur, ut Coras. *ibid.* Imo ne (6) quidem efficient huic delationi locum. Sed & ubi duo solum testes, sed pro forma requiruntur, unus nil prodest. Herculan. de *Probanda negativa n.* 280. Nec natura eius ea sit, ut plures facile haberi ac produci possunt. Veluti si de fama, consuetudine, notorio, valore rei & id genus aliis probandis agatur. Coras. *d. n.* 39. Beust. *ibid. n.* 36. *& seqq.* Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 27. Ianin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1 *n.* 25. *& seq* Denique in ipso dicto ac depositione, ut sit verosimilis, non remota a natura negotii. Rudolph. Volckmar. Hess. *Pract. Concl. de testib. Cent.* 5. *Concl.* 85. *n.* 61. ut directo super ea re, nec de eiusdem indicio aliquo fiat, ratione vera ac concludente reddita: veluti quod interfuerit, cum mutuo daretur, numerare viderit. Non si audivisse se dicat confitentem, aut scire se quod vicinius sit, aut cognatus. Quod declarantem vid Beust. *d loc. n.* 1141. *& seqq.*

6) Plerisque hæ referuntur. (1) Unus testis iuxta ea quæ *N. præced* Nam si duo, plenam fidem faciunt; unus semiplenam, quia idem ius partis, quod totius, Ita DD. vulgo, Craverra de *Antiq. temp. P.* 1. *§. propositum n.* 32. Beust. ad *L. admonendi n.* 1128. *& seq.* Sich. ad *L. 3. C. h. t. n* 14. Gilken. *ibid. n.* 13 Forst. de *Iurisd. Rom P.* 2. *lege Numa* 3. *n.* 61. Collectio vitiosa, ait Cuiac. ad *C. licet 23. de testib* Perinde ac hæc: Numerus incipit a duobus. Ergo unitas est seminumerus. Sed nec hæc belle convenire videntur, nec rite a Cuiacio fit collatio. Neque enim DD. vocant semiprobationem aut dimidiatam, sed semiplenam. Numeri sane quævis pars est numerus, modo numerari possit, nec multitudinem aliquam habeat, cui unitas opposita Licet Alberic. Gentil. *lect. Virgil. Cap.* 5. nec binarium pro primo numero agnoscat, sed ternarium. Probationem autem vere dici posse, etiam quæ plene non convincit, ex ante dictis liquet. (2) Duo testes non omni exceptione maiores, Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 48. item si unus perfecte idoneus, alter non item, licet hic probatio semiplena maior. Unde aptius dici, probationem imperfectam ostendi, *supr. N.* 4. (3 Scripturæ privatæ. (4) Comparatio litterarum. (5) Confessio extraiudicialis. 6) Fuga, de quibus exactius tractare loci præsentis non est. Vid de iis Coras ad *L. admonendi, P.* 3. *n.* 40. *& seqq.* Beust. *ibid. n.* 940. *& seqq.* Mynf. ad *Rub. extra de probat. n.* 44. *& seqq.* Sichard. ad *L 3 C. h. t. n.* 13. *& seqq.* Gilken. *ibid n.* 10. *& seqq.* Damhuder *Prax. Civ. C* 180. Forst. *de Iurisd Rom. P. 2. lege Numa.* 3 *n.* 61. *& seqq.* (7) Fama. Beust *d loc. n.* 80 *& seqq.* Mynf. *d loc. n* 47. Forst. *n* 78. *& seqq &c.* Verum eam non vere, sed præsumptive semiplenam probationem esse, adeoque adiuvantem potius & ideo non locum facere huic iuramento. Seraphin. in *d Privil.* 33. *n.* 39. *& seqq* Benckendorf. in *addit. ibid. n.* 43. *& seqq.* (8 Præsumptio gravis. Quæ num probationis species sit, hic non contendo. Modo id concedatur, similem in eo esse semiplenæ, ut ea munito iusiurandum hoc recte deferatur. De quo consule Menoch. 1. *Præsumpt. Q.* 82. Sich. ad *L. 3. C. h. t. n.* 12.

7) Ita & Don ad *L. 3. C. h. t. n. 4. & 5. & ad L. 4. Cod. de ed. n.* 10. Cui consentiunt Duar. 2. *Disp.* 33. *in Prior. Com. h. t. C* 30. *& in Poster. C.* 7 Bronch. 2. *Enant. Ax.* 93. Ant Fab. 19. *Err. Prag.* 1. Quo & propendet Pinel. in *L. 2 C. de resc vend. P.* 3. *C.* 4. *n.* 13. ac Coras. in *L. admonendi* 31. *h t* Qui licet doctrinam nostrorum de semiplena probatione pluribus pertractet, tamen *ibid P.* 3. *n* 31 *& 3. seqq.* ab interpretibus, ut pleraque, confictam censet Sed & Gilken ad *tit. C. de probat in Prælud. n.* 16. Semiplenam, quæ dicitur in eum gradum non assurgere, ut probatio dici mereatur. Sed hic, opinor, quoad rem ipsam & effectus quæ isti tribuuntur a DD. vulgo, non dissentit; alias & sibi ipsi adversatur, ut ad *L. 3. C. h. t* Solum de appellatione illi contentio videtur, Rationes Donelli ordine expendamus.

posse res decidi per iudicem iureiurando, quam tunc cum actor nihil contulit ad probationem. Neque ad id statim evincendum alia re magnopere opus est, quam ea ipsa regula superiore, qua ad removendum iusiurandum in altero genere utuntur. Cur enim volunt rem isto modo decidi non posse, cum actor, ut loquuntur, omnino nihil probat, idest, ut sentiunt, nihil plane adfert, quod conferre possit ad probationem? quia verba regulæ ita sunt, actore non probante reum obtinere: his autem verbis, *actore non probante* continetur is, qui omnino nihil probat. Si hoc ita est, ut concedendum est omnino; dicendum est ex eadem regula nec tunc ei decisioni locum esse, cum actor semiplene probat; quia & eum qui plene non probavit, pariter verum est non probasse: &, si amplius quærimus, pariter verum est nihil probasse. Quid est enim [8] probare? non quidvis dicere aut facere, ut probes; sed legitimis & iure proditis modis fidem facere. *L.* 4. *L. cum res*, *C. de prob. L. cum citra*, *C. de iur. dot.* ut, si rationibus quid colligas, argumentum sit eiusmodi, ex quo id quod concludere vis, necessario consequatur. *L. neque*, *C. de prob.* Si probatio fit in testimonio, instrumentis utaris aut testibus. *L.* 1. *C. de testib.* Instrumenta sint indubitata. *L. ult. C. de prob.* Testes conditione personæ idonei. *d. L. ult. C. de prob. L.* 2. *L.* 3. *infr. de test.* numero plures, ac cum minimum duo. *L. ubi*, *infr. de test.* Proinde qui hæc non præstitit, is iuxta definitionem absolute non probavit. Nec minus verum est, eum plane nihil probasse; quidquid enim iure fieri debet, si id ita factum non est, ut ius præscribit, quantumvis aliquid feceris; quia vitiose factum est & contra ius, ubique pro nullo, proque infecto habetur. *L. non dubium*, *C. de legib. L. quoties*, *supr. qui satisd. cog.* Id speciebus propositis magis intelligetur. Propone aliquem producere testes, sed domesticos, aut pecunia corruptos, aut alia suspicione laborantes. Tam hic non probavit, quam si nullos produxisset. *L.* 3. *in pr. infr. de testib.* quippe ius exigit idoneos. *d. L. ult. C. de prob.* Propone testem esse productum, & eum omni exceptione maiorem; sed unum tantum, cum lex exigat saltem duos. Nihilo plus egerit hac productione actor, quam si nullum produxisset, eoque omnino hoc facto nihil probavit. Quid enim, si hic nullum produxisset? Omnes eum concederent nihil probasse. At unum testem perinde lex habet, quasi nullus esset productus: unius enim testimonium non solum admitti, sed etiam [9] omnino audiri vetat. *L. iurisiurandi*, *C. de test.* Neque vero certius argumentum est, istam quam vocant semiplenam probationem, non esse probationem, quam quod ab illis dicitur semiplena. Quid est enim [10] semiplena, nisi non plena & imperfecta probatio? Quidquid autem iure imperfectum est, nec factum intelligitur, certe tam iure non valet, quam si omnino factum non esset: usque adeo ut apud iuris auctores imperfectum & inutile pro eodem usurpentur. Quis testamentum fecit? idem qui perfecit. Imperfectum testamentum iure non est testamentum. *L. si testamentum*, *L. si is qui*, *infr. qui test. fac. pos. L. hac consultissima*, *§. ex imperfecto*, *C. de testam.* Quæ est stipulatio utilis? iure perfecta. Imperfecta autem stipulatio eadem dicitur, quam iure pro non facta esse intelligi

8) Ita Gilken. ad *tit. C. de prob. in Prælud.* u. 16. Id probatum quod iure definita ratione probatum. Arg. *L.* 4. *§. 6. de re iud. & simil.* Et sicuti is nullum balneum aut stadium tradidit, qui rei propriam formam non dederit, ita nec qui aliquem gradum probationis constituit. Sed resp. Hæc argumentatio petitione velut principii laborat. Id enim ipsum est, de quo contenditur, anne omnino ius præscribat, ne quidquam in iudiciis admittatur, nisi ex quo uno solo perfecta rei gestæ fides astruatur. Qua ratione non aliæ rationes audirentur, nisi quæ seorsim per se quæque essent quasi apodicticæ, non alia instrumenta, nisi ubi per se quodvis sufficeret. Ast iure immo contra cavetur. Nam & instrumenta domestica & privatæ testationes ac rationes non repudiantur, modo aliis adminiculis iuventur *L.* 5. *&* 6. *C. de prob.* & ut *ibid.* non sufficiunt solæ; sufficere itaque possunt, aliis iunctis.

9) Ita & A. Fab. 19. *Err. Pragm.* 5. Sed Resp. Non auditur; non quod iudex ob singularitatem plane arceat, sed quia non is effectus, ut exinde condemnatio sequatur. Nam ratio dubitandi *d. L.* 9. in spectata integritate, ac fide testis. Unius testimonio non est credendum *L.* 20. *de R.Q.* perfecte scilicet Credere est plene assentiri. At potest inde suspicio moveri. Nam in *L.* 3. *§.* 2. *in fin. de testib.* opponuntur: quid aut credas, aut *parum probatum* opineris. Non ideo tamen qui parum probavit nihil egit, licet iudex inde non debeat *credere*, seu penitus assentiri. Enimvero hoc dandum, etsi unico teste spectatæ fidei probatio semiplena fiat, ut *supr. N.* 5. Non protinus tamen inde recurrendum ad hoc iuramentum, sed & multa alia perpendenda iudici discreto: anne actor quoque vir gravis & cui res certo comperta sit, & caussa non adeo ardua; aliasque circumstantias adesse oportet. Unde non obstat quod hoc iureiurando præstito actor ipse vicem alterius testis subire videatur, cum tamen in caussa sua nullus idoneus sit. Quodque absurdum sit, ut qui filii aut domestici testimonio implere non posset probationem eam quæ ex unius testis dicto, impleat suo Anton. Fab. 19. *Err. Pragm.* 3. Stringerent hæc, si idem penitus tribueremus huic iureiurando accedenti testis unius depositioni, quod duobus testibus tributum. Ast immo hic plura spectanda. Duo enim testes fidem faciunt in caussa quoque graviori, etiam pro eo qui ipse vitæ non plane probatæ; ac etsi adversa actori præsumptio: quippe quam probatione perfecta vinci certum est. Neque ibi sententia obnoxia retractationi ex novis instrumentis ut hic *infr. h. C. N.* 26. *&c.*

10) Respond. Inutilis semiplena, nec ei vis ad condemnationem, si talis manet. Ast si vel alia iuncta, vel iureiurando non suppletorio perficitur, semiplena non est amplius.

telligi volunt, eoque inutilem. *L. ita stipulatus*, 115. *infr. de ver. obl.* Sic dicitur imperfecta transactio in *L. in summa, in pr. infr. de cond. ind.* Sic imperfecta emptio in *L. in venditionibus, infr. de cont. empt.* Quid ergo? inter eum qui produxit unum testem, & eum qui nullum produxit; deinque inter eum, qui aliquid attulit ad probationem, quamvis non satis, & eum qui omnino nihil attulit, nihil interest? Sane vero nihil interest: quia uterque pariter non fecit, quod ius desiderabat. Et ideo excutiamus, licet, omnes veterum sententias de probationibus: nusquam tamen, quod sciam, [11] occurret verbum illud semiplenæ probationis: nusquam locus, ubi hæc non iusta probatio vocetur probatio, distinguaturque ab eius facto, qui quovis modo non probavit. Interpretum hæc vox est, quam, dum se difficultate huius loci expedire conantur, excogitarunt: re non minus veteribus ignota, quam verbum apud eos est inauditum. Quare si actore non probante reus omnimodo & sine iureiurando absolvendus est ex regula iuris: omnino id & tunc faciendum est, [12] cum actor plene non probavit: quoniam & hunc iure non probasse verum est. Nihil autem amplius regula exigit, quam ut actor non probarit. Quod si quis his verbis significari putet eum, qui omnino nihil probavit: demus hoc quoque. Sed & hinc etiam in eo, qui plene non probavit, idem faciendum esse colligemus. Nam & hic qui iure non probavit, & cuius imperfecta iure probatio est, plane nihil probavit: quia huius probatio iure perinde habeatur, ac si nihil probasset, nihil egisset denique, ut in omnibus rebus iure imperfectis accidit. Atque hæc ita sunt: etsi de reo omnimodo absolvendo nusquam planius cautum esset, quam his verbis, actore non probante reum obtinere, quamvis nihil ipse præstiterit: quia satis doceatur quovis modo eum non probasse, qui iure & plene non probavit. Nunc autem aliis partibus iuris de eo ita comprehensum est, ut iubeatur reus omnimodo absolvi, si actor intentionem suam non implerit, ut *L. ult. C. de rei vind. L. negantes, C. de obl. & act.* Quibus locis omnis tergiversandi ansa præciditur. Quid est enim implere intentionem, nisi probationem eius implere? & quid est implere eius probationem, nisi plene intentionem probare, quibus modis iure id fieri receptum est? Quod cum ipsum [13] verbum per se satis indicat, tum aperte probat *L. 1. C. de prob.* ubi non solum ab actore exigitur, ut impleat, cum sit eius plene probare: sed etiam implere intentionem, & eius probationem præstare in eadem re possunt. Ex quo apparet superioribus locis hoc dici: actore quovis modo non probante, sive is omnino nihil probet, ut illi loquuntur, sive probet aliquid, sed probationem non impleat, idest, non plenam & iustam adferat, & ut loquuntur, probet tantum semiplene: utroque modo pariter reum absolvi debere, etsi nihil ipse aliud præstiterit. Utque sententia illa de semiplena probatione certa auctoritate superiorum locorum refellitur; ita per se non minus repudianda est, ut inutilis & iniqua. Nam primum quid aliud, quam materiam præbet litibus? Hac enim sententia introducta, licere iudici rem decidere iureiurando, ubi actor semiplene probavit, ut iureiurando ab eo exacto secundum eum iudicetur: statim dicet [14] actor, quodcunque pro se attulerit vel levissimum, se probasse semiplene, ut si reus neget, incipiant de eo lites nasci. Quando autem ab istis hæc controversia decidetur, qui tot scriptis nihil adhuc de ea certi

certi

11) Ita Coras. *ad L. admonendi* 31. *hoc t. Part.* 3. *n.* 31. Et iurisiurandi quoque suppletorii nusquam mentionem fieri Ant. Fab. 19. *Err. Pragm.* 1. Sed prius refellitur satis ex dictis *supr. N.* 4. Ac licet *suppletorium* in iure non usurpetur, res tamen ipsa non ignota. Idem enim est, quod in Rub. *D. h. t.* vocatur necessarium & de quo *L.* 3. *C. h. t.* Sed & *in L. 1. D. h. t.* verba *vel ex auctoritate* &c. continent hoc quoque iusiurandum: imo ex quorundam opinione id solum significant, ut Vultei. *Disc. scol. Cap.* 7.

12) Ita & Duaren. 2. *disput.* 33. Sed his facile occurritur ex iis quæ ipse Donell. *ut C. seq. N.* 6.

13) Ant. Fab. 19. *Error. Pragm.* 1. Sed Respond. & hic accedente iuramento fit plena probatio & impletur intentio, ubi ei qui certis monumentis aut documentis fidem aliquam fecit, iudex iusiurandum hoc detulit & id præbitum.

14) Respond. Quasi vero hic multum referat quid actor, vel reus dicant, aut negent. Nec potius sit iudicis scire, quanta fides habenda sit, & ex omni sui sententia æstimare, quid aut *credat*, aut *parum probatum* opinetur *L. 3. § 1. & 2. de testib.* Ac immo, negata omni vi imperfectæ probationi, summa iniquitas. Ita enim nec diversi generis probationes unquam iungi possent, & perquam rarissime suum actores obtinerent, quin plerique vel in iustissima caussa probationum inopia succumberent. Ecce enim frequentissimum est credi pecunias, modicæ præsertim summæ, nudo chirographo accepto. Eainde, reo manum diffitente, non perfecta probatio nisi tres testes adhibiti & comparatio quoque litterarum hic multa requirit. Ea ea Donelli quidem sententia nimia restricta est: de quo *supra ad L. 20. & auth. seq. C. de fid. instrum.* Quid igitur si actor homo fidei probatæ, reus forte vilis & levis. Hic chirographum suum negat. Comparatione scripturæ convincitur, probatio hæc imperfecta. Accedat unus testis qui numerari videtur, vel si nec huius copia, iusiurandum sibi deferri hoc exigit actor. Nonne hic maior ratio pro actore, ut præbito sacramento obtineat, quam pro reo, ut tanquam nulla probatione convictus absolvatur, &c. Quid item si præter comparationem adsit confessio extraiudicialis, itemque alia præsumptio pro actore: nonne æquius est, quæ per se singula non prodessent, ut iuncta probent; quam ut reus, vel nullo contra præstito, vel etiam ei prius delato iuramento, si levis sit & facile peieraturus, absolvatur.

certi statuere potuerunt? nec mirum: cum non solum uullum sit verbum de hac probatione apud iuris auctores, sed etiam in eo genere res principiis iuris plane contraria iudocatur. Eadem sententia semel recepta, magna fenestra aperta est malis & imperitis iudicibus pro libidine pro hoc aut illo pronuntiandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit, semper iudici color paratus est ad iusiurandum illi deferendum: dum dicet eum semiplene probasse, qui revera nihil idoneum attulerit: facileque ei erit in spinosa illa & perplexa quæstione de semiplena probatione latebram sententiæ invenire. Postremo ut maxime semiplena ista probatio de istorum quam apertissima sententia adferatur ab actore: tamen si licet propter eam deferre iusiurandum actori, ut deinde secundum eum iudicetur: non potest, quin circumveniatur ius civile, & reus manifesta iniuria afficiatur. Non enim difficile erit [15] actori reperire unum testem in speciem idoneum, quo producto impetret, ut sibi iusiurandum deferatur, sic deinde pro ipso iudicetur. Quod si fit, aperte fraus fit iuri civili: dum qui eo iure recte vincere non poterat uno teste, *d. L. iurisiurandi, C. de testib.* obliqua via consequitur, ut vincat. Sic & fiet iniuria reo: qui cum nisi iustis probationibus convictus non potuerit damnari, hic tamen damnetur non iusta probatione. Neque enim unus testis iure audiendus est, nec iusiurandum actoris adversus invitum pro idoneo testimonio haberi debet: est enim domesticum, cuius fides omni iure improbatur. *L. 2. C. de testib.* Quis ergo locus relinquitur isti decisioni, quam rescriptam superius, idest, *L. 3. C. eod.* statuit? Non relinqueretur ullus, si ut vulgo putant, duæ tantum essent illæ species inopiæ probationum, cum actor nihil omnino attulit ad fidem faciendam, & cum attulit, sed quod iure non sufficeret, ut satis docuimus. Sed est tertium genus huius inopiæ, quod istos fugit. Male enim concesserunt tunc non posse rem decidi iureiurando per iudicem, cum actor probavit. † Tunc quidem non 5
potest, cum actor solus probavit: ubi necesse est reum, qui ad defensionem nihil attulit, idonee convictum damnari: cuius rei rationem supra reddidimus. Sed est tempus, cum actor probet, & plene probet: verum non solus; sed contra pro se reus, nec minus plene, ut sic efficiatur par utrinque probatio. Finge hoc modo: Actor intendit se Calendis Ianuariis Romæ decem mutua dedisse Titio, & probat idoneis testibus. Titius contra contendit se eo die alio in loco fuisse, & in eam rem producit itidem testes idoneos, quantum satis est. Hic vero exsistit tertium illud genus, quod dicimus. Facit enim hæc paritas probationum, ut non minus caussa laboret inopia probationum, quam si nihil probatum esset: cum unius probatio alterius quodammodo probationem excludat. In hac demum inopia locum habet, quod præcipitur, ut res per iudicem iureiurando caussa cognita decidatur. Ec vero, prioribus sublatis, in alia consistere hæc decisio, aut de alia intelligi: *L. 3. C. eod.* non potest. Id primus cum viderit, & docuerit FRANCISCUS DUARENUS, cuius exstat de hac re interpretatio [16] *Lib.*

15) Ita Coras. *ad L. 31. h. t. P. 3. n. 32.* Sed Resp. hoc iusiurandum non in omnibus caussis receptum, nec in omni litigatore, sed & plura requiruntur, in persona & caussa ut deferri possit, vid. *supr. N. 5. & infr. N. 22.* Nec idem consequitur, suo solum facto & voluntate, dum se ad iusiurandum offert, sed iudicis officio, qui circumstantiis rei probe perpensis non cuivis, nec temere deferre debet *C. ult. §. extra hoc tit.*

16) Et in Prior. *Comm. hoc tit. C. 30. & in Poster. C. 7.* & probant Bronch. 2. *Ax.* 93. ac Anton. Fab. 19. *Err. Pragmat.* 1. Sed hæc expositio iuri plane adversa sententiam falsam continens. Nam immo hic sententia pro reo etiam citra iusiurandum medium ferenda *C. ex literis* 3. §. *ult. de probat. C. inter dilectos 6. de fide instru.* Reo enim æque perfecte probante obiectu contrariarum probationum, se mutuo quasi elidentium, res eo redit, ac si neuter quidquam probasset. Argum. *L. ubi pugnantia* 188. *de reg. iur.* Proinde absolvi hic reum debere magno consensu nostri docent. Post plures relatos Vivius ita iudicatum testans. *Lib. 2. Decis.* 236. *n.* 4. Vasq. 2. *Controv. Usufruq.* 30. *n.* 12. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 6. & 2. *Arb. Casu* 98. *ac* 2. *Præsumpt.* 72. *n.* 13. Fr. Herculan. *Tractat. de Probanda negativa n. 74. & seq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de Probat. Resol.* 2. *n.* 23. Schrad. de *Feud. Part.* 6. *Sect.* 20. *n.* 204. Rulant. de *Commissar. Part. 1. Lib. 2. C. 19. n. 13.* Matth. Wesenbec. *Consil.* 13. *n.* 3. & Petr. Wesembec. nominatim Donellum refellens *Consil.* 18. *n.* 7. Meichsner. *Lib 1. Decis. Cam. 7. n. 13. Tomo 2. Lib 1. Decis. ult. n. 2.* & paulo post citati. Ac ratio evidens, cum generale sit in pari caussa promptiora iura esse ad liberandum, vulg. LL. Quod & Aristot. *Problem. Sect.* 29. *Q.* 13. scite comprobat. Ut mirari subeat, qui ista adeo valde improbabilis opinio probari tantis viris potuerit. Qui vel ex suis satis traditis confutantur. Nam si ubi actor uno teste probavit & reus nihil, hic absolvendus, ceu illi volunt; magis quando actor duobus, & reus totidem. Quin immo etsi actoris probationes in aliquo excedant, adhuc pro reo pronunciandum. Menoch. *Arb. Cap* 98. *n.* 4. & seq. Gail. *de Pignorat. Obs* 22. *n.* 13. Sixtin. *Cons. Marp.* 8. *n.* 103. *Volum.* 3. & Vult. *Cons. Marp.* 18 *n.* 124. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo 3. Decis. Cam. 3. n.* 18. modo excessus modicus sit. Vid. Turamin. *ad. L. non puto,* 10. *de Iure fisci Part.* 1. *C. 1. n. & sequentib.* Confer Vasq. 2. *Contr Usufruq.* 33. *n.* 25. ac etsi actor probatioris vitæ, quam reus. Menoch. *d. Cap.* 98. *n.* 8. Tametsi principem, item iudicem eum, cui liberum arbitrium hoc casu pro actore, si is vir probus, contra reum, si is improbus, pronunciare posse. Menoch. *d. Cap.* 98. *n.* 9. & 10. Plane quod Tiraquel. *de Iure primigen. Q.* 17. *Opin.* 2. *n.* 5. utriusque partis intentione æque fundata, posse iudicem ex animi sui motu gratificari, cui libet, & *Opin.* 4. *n.* 47. & *seqq.* posse eo casu rem dividi, ac utrique partem adiudicari: de caussis dubii iuris, vel ubi hoc ipsum contenditur, uter actoris partes subire debeat, ut in interdicto uti possidetis, cum præparatorium est petitorii; vel denique ubi defensio rei non est contraria intentioni actoris, & neutra probatio perfecta, accipiendum. In quibus ipsis tamen ei opinioni parum aut nihil tribuendum. Prius nempe istud pertinet ad casus pro amico, quos Tes-

2. *Disput. anni. cap.* 33. magnam illi ingeniosæ & veræ commentationis, ut & aliarum infinitarum laudem & gratiam deberi arbitror. Ac cur in prioribus generibus duobus huius generis inopiæ non possit locus huic decisioni assignari, satis me puto antea demonstrasse.

Superest, ut quam recte rescriptum Imperatorum de hac inopia & ille & nos interpretemur, paucis doceamus. Et non potest id certius intelligi, quam si doceatur ius hoc proditum esse aliis locis a iuris auctoribus, iisque ætate prioribus. Nemo enim negaverit Diocletianum & Maximianum imperatores auctores eius rescripti, idest, *L.* 3. *C. eod.* locutos esse accommodate ad sententiam eius iuris, quod ipsorum ætate in usu erat. Quod autem tum usurpabatur? id quod Caius refert in *L. admonendi*, hic, *solent*, inquit, ***indices in dubiis caussis exacto iureiurando secundum eum iudicare, qui iuraverit***. De eodem genere rescribentes Imperatores, non dubium est, quin caussas inopia probationum laborantes easdem illas intelligant, quas Caius dubias
6 nominat. † Quas ergo apud Caium accipimus dubias? utrum cum vulgo eas, in quibus actor plene non probavit? Nequaquam vero hæ dubiæ dicendæ sunt, in quibus ex iure certum habet iudex, quod sequatur. Palam est enim eum non probasse iure, qui plene, idest, idonee non probavit. Ex quo efficitur etiam eum simpliciter non probasse: actore porro non probante, & plene non probante, ius certum est, eum nulla etiam alia re præstita absolvi debere. *d. L. qui accusare, C. de eden. d. L. ult. C. de rei vend.* Quæ sunt ergo caussæ dubiæ? an non eæ, in quibus par utrinque probatio iudici dubium facit etiam ex iure, quid in alterutram partem sequatur? omnino: neque vis & significatio alia huic verbo subiicitur. Quod tamen ex usu Latine loquentium dilucide probat [17] Duarenus eo loco Terentii *in Phormione*, ubi Phormio cum dixisset, *cœnam dubiam* apponi: interrogatus quidnam hoc verbi esset, respondet eam esse,

..... *Ubi tu dubites quid sumas potissimum*.

non enim aliter caussa dubia, quam cœna dubia dicitur. Ac de verbis Caii, minus quis dubitet fortasse, hanc interpretationem esse illis verbis convenientem. Sed videbitur non ita convenire rescripto Imperatorum, qui generaliter dicunt in inopia probationum rem per iudicem iureiurando decidi oportere: In inopia probationum, inquam, generaliter, non in hac aut in illa. Cur ergo hanc speciem postremam accipiamus potissimum unam ex omnibus? Iam dixi prioribus remotis hanc unam superesse videlicet. Quominus autem priores rescripto excludantur, verba rescripti non obstare: quia non definiatur illic, quando res per iudicem decidenda sit iureiurando; sed cum decidenda erit, quam circumspecte id sit faciendum, ne alterutri fiat iniuria. Aut si prius definitur, caussam decidendam esse per iudicem iureiurando in inopia probationum, ita definiri, ut dicatur id faciendum esse caussa cognita. Utroque autem modo significari, ita rem iureiurando decidi oportere per iudicem inopia probationum, ut id faciendum sit, adhibitis in consilium aliis locis, ex quibus discamus, quando & quomodo id fieri liceat, aut non liceat. Quam autem non liceat id facere in prioribus generibus duobus inopiæ probationum, abunde supra ostendimus. Quod si qui adhuc ita disputent verba rescripti superioris generalia esse, eoque ad unam speciem huius inopiæ adstringi non debere: considerent non minus id contra ipsos, quam contra superiorem sententiam facere. Si verba generalia sunt: omnis inopia, non certa aliqua, aut paucæ quædam illis continentur. Si omnis: an non

vident

saur. pro diabolo vocat, ut not. *supr. lib.* 3. *Civil. Comment. C.* 23. *N.* 1. Vid. Turamin. *ad d. L.* 10. *P.* 1. *C.* 1. *& P.* 3. *C.* 1. Nam quod Trentacinq *d. Resol.* 2. *n.* 24. etsi in casu parium probationum regulariter pro reo, residere tamen hoc in arbitrio iudicis scribit, quia probationes sint arbitrariæ: aut sibi non probe constat, aut eo pertinet, ut iure teneat sententia tali casu condemnans, et si probationes æquales non esse iudex æstimaverit, &c.

17) Ita Duar. 2. *Disp.* 33. volens sic quæstionem dubiam sumi in *L. non puto* 10. *de iur. fisc.* Neque enim recte ibi accipietur, cum quis semiplenam probationem habet contra fiscum. Idem *Post. Com. h. t. C.* 7. Ita quoque putat a Cic. *pro Ligario* caussam *dubiam* vocari (Iulii & Pompeii) quod erat ut Cic. aliquid in utraque parte quod probari posset. Sed locus Ciceronis perpensus plane a proposito alienus. Ac esto: sit quoque ex paritate probationum utrinque caussa dubia. Ast certe longe gravior caussa hæsitandi iudici, ubi pro actore unus testis cum aliis adminiculis, integritate insuper producentis, litis mediocritate &c. Pro reo autem nihil ac nec levis quidem præsumptio: Quam ubi pro actore duo vel tres testes; totidem pro reo pari numero, pari auctoritate ac fide. Nonne Phavorinus apud Agell. 14. *Noct.* 2. ex Marci Catonis sententia censuit, si rei gestæ nec tabulis nec testibus fides fieri possit: apud iudicem uter vir melior sit, quæri, ac secundum eum litem dirimi debere. Et ita voluit actorem, etsi nec quidquam probaverit, nec etiam iuraverit, eo casu obtinere. Quod etsi iuri consonum non sit: hoc tamen saltem sequetur, caussam ex semiplena probatione vere *dubiam* dici. Unde Agellius ipse, cum vir fidei vitæque inculpatissimæ ab alio spurcissimæ vitæ creditum repeteret, sed argumentis admodum exilibus niteretur: nec condemnare, nec absolvere voluit, sed iuravit sibi non liquere *d. Cap.* 14. Caussam itaque pro dubia habuit. Quam hoc ipso iureiurando actori delato dirimi potuisse censet Setser. 4. *de Iuram.* 10. *n.* 11. Quem vere ipse vident.

vident consequens esse, [18] etiam tunc maxime rem decidi posse iureiurando a iudice, cum actor plane nihil probavit? nam tunc maxime probationum inopia est, cum nihil est probatum; si quidem in omni re ea demum vera est inopia, non cum est aliquid alicui quamvis non satis; sed cum plane est nihil: ut indicat illud Caii, inanem esse actionem, quam excludit inopia debitoris. *L. nam is, supr. de dol.* Quod si cum omnibus recte admittunt rescripto non contineri eam inopiam, cum plane nihil probatur: concedant oportet, rescriptum non esse generale. Neque vero caussa est, cur ea species inopiæ eximatur rescripto; ea autem non eximatur, ubi actor plene non probavit: cum ea regula, qua ad priorem removendam ducuntur, pariter ad alteram quoque pertineat. Pariter enim non probat, qui iure & plene non probat, sive aliquid attule-
7 rit, quod ius repudiet, sive nihil. † Sed cur actore non probante, idest, in duobus prioribus istis generibus inopiæ probationum vulgo notis non potest iudex litem decidere iureiurando; in tertio autem, quod dicimus, idest, in dubiis caussis, & paribus utrinque probationibus potest? Quia in illis prioribus hæc decisio habet iniuriam: in dubiis caussis non habet, sed commoda est, & iusta decisio. Nam actore non probante habet iudex, quid statuere debeat etiam sine iureiurando: quippe iubetur reum omnimodo absolvere; adversus quod necesse est faciat, si iusiurandum ab alterutra parte exegerit. Quod enim iam ante ostendi, si actori deferet: secundum eum iurantem iudicabit, idest, condemnabit reum; at hunc absolvere iubebatur. Si deferet reo: si quidem ita, ut nihilominus velit absolvere, quamvis non iuret, supervacuum. Sin ita, ut nolit absolvere, nisi ille iuret, iniquum, & contra illud ipsum ius, quod reum absolvi iubet, etsi nihil ipse præstiterit. Quin etiam etsi reus iuret, tamen iniquum est eum absolvi iureiurando exacto: quia fiet hoc modo sententia obnoxia retractationi, quæ sine iureiurando rata futura esset. In dubiis autem caussis & paribus probationibus nihil habet iudex sine iureiurando, quod in hanc potius, quam in illam partem ex iure sequi debeat; neque enim [19] reum absolvere potest, ubi actor de intentione probavit: neque rursum condemnare, cum ipse contra de sua probando dubiam reddiderit actoris probationem. Quapropter ut res exitum reperiat, consultum est ab alterutro ex litigatoribus exigere iusiurandum: sic enim cum ille iuraverit, incipient habere iudex, quod [20] in alteram partem præponderet. Cum autem secundum iurantem iudicabit, non faciet alteri iniuriam: quia semper iudicabit secundum eum, quem verum est probasse, etsi contraria probatione allata cœpisset probatio esse incertior. Iusiurandum autem quod accessit, etsi per se probationem non habet adversus invitum; habet tamen quod iudicem moveat, ut in eam partem potius propendeat. Ac quominus etiam adversarius de eo queri possit, placet si postea nova instrumenta repererit, licere ei quandoque caussam retractare, ut postea dicetur. In re quidem dubia & ancipiti nihil visum est ad rem explicandam melius: quamobrem necessitas ad eam rationem ius deduxit. Quæ cum omnia videamus dici usque adeo verbis iuris, & rectæ rationi atque æquitati consentanea, eademque ipsa tam cohærentia inter sese; non difficile erit iudicare, utram sententiam veriorem putare debeamus, eamne quam posuimus, in qua hæc sunt; an illam vulgarem tam diuturno errore inter omnes

18) Non utique. Aliud enim defectus probationum, ubi nullæ suppetunt, aliud inopia, ubi quædam, sed ancipites. Cuiac. 22. *Obs.* 28. *in fin.* Et immo hæc vis verbi. Inopia enim opponitur copiæ, & opibus ac levior est egestate. Auson. Popma. *Lib.* 2. *de Diff. verb. V. egestas.* Sic inopiam frugum, frumenti, amicorum, sententiarum, verborum, inops ærarium, inopem linguam & id genus alis usurpari legimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est suppetit. At ubi probationes Rei æquales probationibus actoris, his per illas elisis, iu effectu potius defectus quam inopia. Tunc vera inopia & caussa *dubia* iuxta *d. L.* 33. cum ex altera solum parte, sed non perfecte probatum; aut utrinque quidem perfecte, sed ex una parte ita superaut, ut excessus ille, si per se solum spectes, probationem plenam non efficiat. Pone: Actor se possidere rem pure sibi obligatam (huiusmodi exemplis uti malo, ubi uterque affirmat) probat quatuor testibus. Reus contra se possidere aut rem sub conditione obligatam esse tribus. Testes utriusque paris conditionis ac fidei. Probatio initio perfecta, & forte abundans contraria probatione ex parte elisa, & eo redacta ut imperfecta nunc fit. Crebrius hæc iu probationibus diversi generis contingunt. Ac raræ lites in quibus contrariarum probationum conflictus non adsit. Vasq. 2. *Controv. Usufreq.* 33. *in fin.* Ast ut probationes, veluti æquilibrio pares siut, nec quidquam in alteram partem præponderet, rarissimum. Quo revocari usum huius iurisiurandi inconveniens. Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 9.

19) Immo & potest & debet, per *not. supr. N.* 16. & Arg. *L. inter,* 38 *de re iud.* Quin ipse Don. *ad L.* 15. *C. de fid. instr. n.* 17. instrumentum quoque tribus testibus, confirmatum, totidem testibus a reo refelli posse statuit. Paria autem sunt nihil probare & probatum elidi. Arg. *L.* 10. §. 6. *de in rem verso L.* 71. *de V. S. L. nihil* 112. *de Reg. I.* & *simil.* Maior itaque iniquitas, si in paritate probationum deferatur iusiurandum hoc, etsi reo. Tum quod ea præstatione oneraretur, citra eam absolvendus: tum quod iniuria illi fieret, sententia retractationi obnoxia futura.

20) Ast ubi probationes ipsæ mutuo concursu elisæ, minimum hic est quod præponderet, nimirum ipsum iusiurandum solum. Plus certe est quod præponderet, ubi & aliquid hinc probatum est, & ei iusiurandum accedit, ex parte autem adversa nihil.

omnes pervagatam, in qua omnia ſunt contraria. Summa iam hæc erit; non poſſe iudicem pro arbitrio rem decidere, iureiurando exacto, ſed primam hanc legem eſſe, ut id faciat in inopia probationum. *L.* 3. *C. eod.* Non eſſe ſatis quamlibet inopiam: non enim id ei licere actore non probante, quocunque modo fiat, ut legitimis modis non probet. *L. qui accuſare, C. de ed.* Secundam ergo legem eſſe, ut id faciat in dubiis cauſſis, ut Caius loquitur in *L. admonendi, hic*: ideſt, his, in quibus actor recte probet; ſed probet & reus contra, ut incipiat par utrinque fieri probatio, quæ dubiam iudici cauſſæ diiudicationem faciat. In hac incertitudine vere dici cauſſam laborare inopia probationum: cum non ſit probationum tantum, ut poſſit iudex ex his de re iudicare in alterutram partem. Hanc ergo inopiam eſſe, in qua ſola ius ſuperiorem deciſio-
8 nem admittat. † Sed quoniam diximus in his cauſſis atque hac inopia probationum poſſe iudicem litem decidere iureiurando: dubitari poteſt, [21] an non tantum poſſit id facere, ſed etiam cogatur. Verba reſcripti ita eſſe videntur, ut neceſſe habeat. Ait enim reſcriptum, *per iudicem res decidi oportet*. Verbo *oportere* omnes norunt neceſſitatem ſignificari. *L. verbum oportere, infr. de verb. ſig.* Repugnant verba *L. admonendi, hic*. illic enim ſcriptum eſt, ſolere ſæpe iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando cauſſam decidere: quæ verba eo pertinent, ut deferre poſſint, ſi velint, non ut etiam habeant neceſſe, ut de his verbis diſerte ſcriptum eſt in *L.* 1. *C. quo. & quan. iud.* Id vero ita ſe habet: ac recte conſtituitur. Eſt enim iudicis exiſtimare ex animi ſui ſententia, utrum cauſſam probatione dubiam putet, an non: &, quod idem eſt exiſtimare, quid credat in cauſſa, aut ſibi parum probatum opinetur *L.* 3. *§. eiuſdem, in fin. infr. de teſt.* Neque adverſatur ſuperius reſcriptum. Non enim ſimpliciter in eo ita dicitur, oportere res decidi iureiurando; ſed oportere decidi cauſſa cognita: ut ſit ſententia: Si quæratur de iureiurando deferendo, eſſe in poteſtate iudicis exiſtimare ut in cauſſa facti, utrum deferat, necne: ideſt, utrum cauſſa ſit dubia, an non ſit. Sed ſi ſtatuerit deferendum eſſe quaſi in cauſſa dubia, tum oportere eum id facere cauſſa cognita. Ac

21) Vulgo in eo non uno modo variant. Rem quatuor quæſtionibus expeditis definiemus. (1) An ut deferatur peti poſſit? Sunt qui negant: qui iidem tamen iudici neceſſitatem deferendi iniungunt, quia ultro petens ſuſpectum ſe reddat. Arg. *L.* 25 *de Procur.* Panor. *in C. ult. h. tit.* refer. Fach. 1. *Contr.* 16. Contrarium probatius, nec in eo adſtruendo laborandum. Videndum quando poſſit. Sane quod ante concluſionem cauſſæ in quacunque iudicii parte, expeditius eſt. Beuſt. ad *L.* 31. *h. t. n.* 413. Stiatic. *Obſerv. Pract. C.* 20 *n.* 23. *& ſeq.* poſt alios Ranchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 12. *& ſeq.* Num autem & poſt eam, certatur. Negativam opinionem ceu communem probant Beuſt. in *L. admonendi n.* 414. *& ſeq.* Seraphin. *Privil. iuram* 33. *n* 192. & ſeq. Mynſing. 1. *Obſ* 68. *in fin.* Gail, 1. *Obſ.* 108. *n.* 3. *&* 2. quia per eam omni probationi renunciatum, & imputari poteſt litiganti culpæ, cum publicatis atteſtationibus ſcire potuerit, quantum ſit probatum & num huc recurri oportuerit. Sed affirmativam poſt Saliceetum firmat Fachin. 1. *Controv.* 17. qui & contrariis occurrit. Plane etſi petitum ante concluſionem cauſſæ, poſt eam deferri poteſt, Mynſ. *d. Obſ.* 68. *in fin.* Neque enim ex abrupto huc procedendum iudici. Vid Stiatic. *Obſ. Pract. C.* 20. *n.* 6. *&* 7. itemque non convenit, num poſt terminum ad probandum aſſignatum. Vid. Beuſt. *d. l. n.* 419. & ſeq. Stiatic. *d. C.* 20. *n.* 25. *& n.* 28 Sane & in appellationis cauſſa peti & præſtari poteſt, Gail. 1. *Obſ.* 108 Foller. *ad Muraut. P.* 6 *h. t. n.* 20. & ab eo qui ſemiplene probavit in priori inſtantia A. Fab. *C. ſuo. h. t Defiatt.* 27 Seraph. *d. Priv.* 33. *n.* 194 Et iure Saxonico in leuteratione, ceu uſus ſervat. Beuſt. *d. loc. n.* 423. *& in rub. D. h. tit. n.* 121. Q. (2) An peti hoc neceſſe ſit, ut alias iudex inferre nequeat? Affirmat Bart. & alii, referente Fachin 1. *Contr.* 16. quia iudex officium ſuum non impertit niſi petenti *&* Lanceſl. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civil. V. iuramentum n.* 2. Aſin. *de Exſecut.* § 3. *C.* 10. Schurff. *Cent.* 2 *Conſ.* 47. *n* 2. Menoch. *Arb. Cap.* 464. *n.* 28. Stiatic. *Obſ. Pract. C.* 20 *n.* 17. *& ſeq. & n.* 26. *& ſeq.* Seraphin *Privil. iuram.* 33. *n.* 192. *ibique in addit.* Martin Benckendorff. *n.* 154. quia non reſpicit ſolemnitatem & ordinem iudiciorum, ſed privatum commodum. Et magis communem vocat Gail 1. *Obſ.* 108. *n.* 3. iuxta quam apud ſuos iudicari refert Anton. Fab. 19. Err. Pragmat. 3. *& C. ſuo. h. tit. Defin.* 8. Sed negativa benignior & æquior, firmante Gail. *ibid. n.* 5. *&* 6. ut poſt concluſionem cauſſæ hoc iudici licere velit ex placito curiæ ſupremæ, in gravi cauſſa. add. Fachin. 1. *Contr.* 16. *& ſequent.* Beuſt. *ad Rub. h. tit. n.* 117. Buſius ad *L.* 31. *h. tit. n.* 14. Gilken. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 24. *ac ſequent.* Aſin. veluti recedens a priori opinione *d.* §. 3. *Cap.* 27. Quomodo & cautum *Nov. elect. Saxon.* 23 *Part.* 3. Non obſtat ſuperior regula. Ei enim locus in illis quæ primum emergunt. In proceſſibus autem iam cœptis magna iudicis poteſtas; multaque ex officio ad eruendam veritatem permiſſa *L.* 25. §. 8. *de ad. ed.* Buſ. *d. n.* 14. Confer. Gœd. *de Sequeſtr. C.* 1. *n.* 109. *pag.* 162. Q. (3) An ſi petitum, iudex deferre neceſſe habeat? Ratio dubitandi in v. *ſolent*, ut Donellus hic. Sed affirmativa communis, ubi ſcilicet ſemiplene probatum eſt, & alia requiſita adſunt. Ut ſi petenti non deferatur, appellari poſſit. Beuſt. *ad L. admonendi n.* 119. Stiatic. *d. C.* 20. *n.* 30. *& n.* 33. Coraſ. *ad d. L.* 31. *P* 2. *n.* 50. quia v. *ſolent* explicatur per v. *oportet L.* 3. *C. h. tit.* ut & alibi *L.* 4. §. 1. *de in diem addict.* Q. (4) An ſi non petitum, iudex pariter teneatur? Gravius hic dubium per ea quæ Donellus hic. & argum. *L.* 4. § 2, *de in lit. iurand.* iunct. §. 1. ubi itidem in §. 1. vocula *oportet*. Et tamen *d.* § 2. dicitur in *arbitrio eſſe*, &c. Affirmat tamen Fachin. 1. *Controv.* 16. *&* Moller. *ad Nov. Elect. Saxon.* 23 *P.* 1. *n.* 5. *& ſeq.* ubi & apud nos ita iudicari debere cenſet, non obſtante quod *d. Novell.* 23. hæc verba *Daſz in des Richters Macht ſteben ſol*, *&c.* Nam Electori hoc ſolum, ait, propoſitum definire, num ex officio non petitum deferri poſſit, non aliam quæſtionem, an deferre teneatur. Mihi immo & hoc videtur decilum in fine eiuſdem Conſtit. verbis, *Darnach ſich unſer Hoffgericht, & c. halten ſollen.* Quæ Moller. vertit. Idque iudicia noſtra, &c, obſervare *iubemus*. Sane inique, opinor, facerent iudices, vel qui in dicaſteriis conſulti ſententiam dicunt, ſi aperte ex actis liqueat deferri poſſe, ſi non deferant: ut ita iuſta cauſſa ob ſolam amiſſionem mori ſolemnis civilis quis cadat. Largior non inique multa ſtatuta, ut ſæpe quis bonam cauſſam male procedendo perdere poſſit. Sed illa utilitatis publicæ ergo, cauſſa minuendarum & celerius finiendarum litium. Quæ ratio hic ceſſat. Quin potius Tit. illi *C. ut quæ deſunt advocatis* locus. Siquidem non de facti quæſtione agitur, ſed iuris. De facto enim ponimus ex actis apparere, caſtareque eas probationes, quæ ſupplementum iuratorium exigant, vel admittant. Quin vel ideo iudex ex officio deferre debet, ut lites minuat, ne pars ſuccumbens ob non ſufficientes probationes, ad appellationem confugere neceſſe habeat.

Ac duæ conditiones sunt expositæ, quibus potestas iudicis cohibetur in hoc iureiurando deferendo, ne pro libidine id deferat. Tertia erat, quam modo attigimus ex *ead. L.* 3. *C. eod.* ut id faciat,
9 caussa cognita. † Quibus verbis continetur, ut quemadmodum non potest, quandocunque videtur, hac decisione uti, sed solum cum caussa est dubia, quo tempore id res exigit: ita cum agetur in hac inopia de iureiurando alterutri ex litigatoribus deferendo, non deferat utri volet, sed de eo statuat ex caussa: idest ei deferat, cui ob iustam caussam æquius esse videbitur deferri. Quod si erit in arbitrio iudicis, cui iusiurandum deferat: non minus periculose de hac re statuetur: cum futurum sit, ut secundum eum iudicet, cui detulerit. Quid ergo in hac caussa æstimanda hic 22 sequemur? quod faciendum esse

22) Tres hic diversæ sententiæ notantur a Fach. 1. *Controv.* 18. Beust. *ad L. admonendi n.* 164. *& seqq.* Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 46. Nam Azo & sequaces reo; Hugolinus actori deferri voluit. Speculator vero totum hoc ad arbitrium iudicis discreti reiecit. Quas opiniones componere nituntur Beust. *d. loc. n.* 174. *& seqq.* exponendo quæ hic iudici spectanda sint: ut & Menoch. *Arb. Cap.* 190. Speckan. *d. Q.* 46. Sich. *ad L.* 3. *C. h. n.* 50. Stiar. *Obser. Pract. C.* 20. *n.* 9. *& seqq.* Nos sic. Quatuor hic verti videntur, ad quæ attendere debet iudex & inde statuere utri deferat. I. est personæ conditio, dignitas ac fides. Integræ enim sit existimationis, & inculpatæ vitæ, cui defertur. Vid. Marq. Freher *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 6. *n.* 13. *& seqq.* Persona legalis, Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 12. plus bonitatis requirens quam quæ ex vulgari præsumptione (unde quivis bonus habetur) vir honestus ac probus. *Idem Cap.* 464. *n.* 9. *&* 12. Nec nisi alias esset testis integer ab omni calumnia, potior in caussa aliena, idem Freher. *Lib.* 2. *de Existim. qui est de infamia Cap.* 28. *n.* 1. Beust. *d. n.* 174. Speck. *d. loc. n.* 5. Arcentur itaque infames & qui alia nota laborant, ut infamia facti: Zobel. *P.* 1. *Diff. iur. civ. & Sax.* 22 *n.* 2. Freher. *d. loc. &* Beust. *n.* 179. *& seqq.* Et ita Papinian. *lib. Resp. tit.* 25. (habetur post *Cod. Theod. pag. m.* 133.) Hic sacramenti ordo notatis infamia denegatur secundum Const. Gregor. & Hermogeniani. Proinde & fœneratores. Vid. Menoch. *d. Cap.* 190 *n.* 14. *& d. Cap.* 464. *n.* 12. *& seqq.* Beust. *d. loc n.* 188. *& seqq.* Lælius Zechus *Tr. de Usur. C.* 15. *n.* 3. Iudæus contra Christianum litigans, Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 15. Beust. *d. loc. n.* 196. *& sequent.* Hartm. *Tit.* 25. *Obs.* 6. *n.* 12. Et faciunt *not. supr. Lib.* 18. *Cap.* 7. *N.* 13. (Contrarium tamen receptius esse scribit Seraphin. *Priv. iurament.* 33. *n.* 205. & pro tribunali Spirensi Iudæo fuisse hoc delatum testatur Mynf. 5. *Obs.* 6. *& addit. ad Hartm. d. loc. n.* 14) Aliud si Christianus contra Iudæos. Baptista de S. Blasio *Tract. correlativor C. ult. n.* 28. Periurus. Beust. *d. loc. n.* 207. *& seq.* Coras *in d. L.* 31. *Part.* 2. *n.* 40. *& seq.* Ant. Del. Re *de Iuram. calum. C.* 15 *n.* 152. *& n.* 157. Hart. *d. Obs.* 6. *n.* 11. Mynf. 3. *Obs.* 58. Menoc *d. C.* 464. *n.* 19. *& seqq.* ubi inquirit quid si pœnitentiam egerit & a periurio absolutus. add. Afflict. *Decis.* 36. Et qui ad iurandum pronus, vel quem peieraturum suspicio est. Beust. *d. loc. n.* 209. Menoch. *Arb. C.* 192. *n.* 3. A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 44. *n.* 5. Barth. Masculus *de Success. conven. L.* 1. *Membr.* 2 *Concl.* 5. *n.* 208. Num & spurius? Hunc admittit Menoch. *d. C.* 464. *n.* 17. *& sequent.* Putarem si cætera honestus, non penitus hinc excindi, ast si cum altero integrioris notæ ipsi lis sit ac par cæteroquin utrinsque caussa, alteri deferendum esse. Confer. *not. supr. Lib.* 6. *C.* 15. *N.* 2. Fuerunt qui his accenserent stipendiarios milites, eo quod operas suas mercede locent. Quos retellit Beust. *d. loc. n.* 199. *& seqq.* ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 37. *& seqq.* Plane & ubi neuter per se arcetur, uti in testibus, iudicis est statuere. cuius dignitatis ac æstimationis sint, quanta cuique fides habenda *L.* 3. *princ. &* § 1. *de testib.* Ita & hic digniori potius, & quem credibile est non peieraturum, deferre potest. Sic maior præsumptio pro nobile & divite, iuste scilicet partis opibus. Beust. *d. loc. n.* 175. Hart. *Obs.* 6. *n.* 10. Sich. ad *L.* 3. *C. h. n.* 51. *& seq.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 46. *n* 9. *& ex eo* Setser. *Lib.* 4. *C.* 13. *n.* 8. *& seq* pro viro egregio & in dignitate constituto, etō adversarius nulla alias nota laboret. Ac viro potius quam fœminæ deferendum. *Tiraq. L. connu.* 9. *n.* 72. Beust. *d. n.* 175. Sets. *d. C.* 13. *n.* 11. qui ad verbum *ex* Beust & Speck. *d. lo.* transcripsit. II. Natura caussæ eiusque qualitas & quantitas. Plane regulare esse, ut admittatur, constat ex *L.* 9. *C. h. t.* verbis: *in cæteris caussis*. Quod de civilibus ac pecuniariis vulgo exaudiunt. Vid. Sich. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. *&* 5. Beust. in *L. admonendi n.* 178. Sed id potissimum intelligi videtur de suppletorio actori delato. Quin enim idem in caussis gravioribus reo tuto deferatur, non est opinor, quod valde impediat, nisi forsan ubi peieraturum eum suspicio est. Excipiuntur itaque (1) Caussæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. Menoch. *Arb. Cap.* 72. *n.* 1. *& C.* 190. *n.* 17. *& seq.* Mynf. 1. *Obs.* 68. *n.* 4. Beust. ad *L. admonendi n.* 238. *& seq.* Lanc. Conrad. *de Off. prat. in causs. civil. v. Iuram. n.* 3. Nisi plus quam semiplene probatum sit & persona iuratura fide digna & honestæ conditionis. Vid. Marsil. *Sing.* 27. Seraphin. *Privil. iuram.* 33. n. 10. post alios Beckendorff. *addit. ibid. n.* 19. Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 11. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n* 51. Fr. Herculan. *de Prob. negativa n.* 235. *&* 279. Stiat. *Obs. C.* 20. *n.* 39. item nisi contra eum agitur qui antea in aliquo de mendacio convictus, si recte Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 1. § *vidimus & abunde n.* 17. *pag.* 86. Quæ autem tales, iudici ex re & litigantium conditione æstimandum. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 53. Mynf. *d. Obs.* 68. *n.* 4. Vid. Beust. *d. loc. n.* 243. *& seqq.* Tessaur. *Decis.* 62. *n.* 4. Menoch *Arb. C.* 72. *& not. supr. lib.* 21. *C.* 9. *N.* 15. Quo referunt quidam caussas feudales, fiscales, beneficii, usurarias, odiosas ut cum de temporis præscriptione agitur, itemque famosas, Vid. Thom. Grammat. *addit. ad Afflict. Decis.* 36. A. Fab. *C. suo h. tit. Defin.* 44. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 9. *& seq.* Coras. *ad d. L.* 31. *P.* 2. *n.* 51. Damhuder. *Praxi civ. C.* 179. *n.* 9. Beust. *d. loc. n.* 262. & seqq. Ubi *n.* 267. id in famosis restringit, nisi probatio maior semiplena forte præsumptione adiuta, ut duo testes, unus integræ fidei, alter minus &c. (2) Criminales. Quia in iis probationes liquidissimæ requiruntur. Adhæc accusatores sæpe moventur ex iniuria ipsis illata, propter quam facile fieret, ut peierarent. Sed de his & quando hic reo tamen deferatur iusiurandum & quid si ad pecuniariam pœnam agatur, Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 464. Hippol. a Marsil. *Singul.* 635. Sich. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5. Duar. *in Post. Com. h. t. C.* 4. *f.* 862. Mynf. 2. *Obs.* 87. Gail. 2. *Obs.* 94. *n.* 3 *&* 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 2. Pacia. 1. *de Probat.* 39. *n.* 18. *& seq* Seraphin *Privil. iuram.* 33. *n.* 101. *& seqq.* Fach. 1. *Contr.* 15. Bronch. 2. *Enant. Ax.* 27. Beust. *ad L.* 3. *h. t. n.* 50. *&* seqq. & ad *L. admonendi n.* 250. & seqq. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 22. & seq. *n.* 11. *&* 12. Ant. Fab. *C. h. t. Defin.* 43. Clar. 5. *Sent. ult. Q.* 63. *&c.* (3) Matrimoniales. Quod perpetuum, ne deferatur neganti matrimonium aut ad id dissolvendum agenti. Ratio *supr in not. C.* 17. *N.* 9. Pro matrimonio autem quandoque deferri potest, ubi videlicet non simpliciter semiplena, sed quæ proxime abiit a perfecta, coniecturis haut levibus, aut aliqua insigni præsumptione adiuta, veluti si nobilis ac dives agat contra pauperiorem &c. Cuius rei uberiorem notitiam haurire licet ex Beust. *ad L. admonendi* 31. *h. t. n.* 269. *& seqq. & de Sponsal. C.* 41. Cypræ. *de Sponsalib. C.* 14. §. 18. & seqq. Alb. Gentil. 7. *de Nupt.* 16. Covar. *de Matrimon. P.* 2. *C.* 4. §. 1. *n.* 8. Schurf. *Cent.* 2. *Cons.* 47. Gail. 2. *Obs.* 94. Coras. 3 *Misc.* 4. *n.* 6. *& seqq.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 76. *& seq.* P. Heig. *Parte* 2. *Q.* 16. Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 184. magna hic prudentia & moderatione utendum scribens *Vult. Cons. Marp.* 15 *n.* 343. & seqq. *Vol.* 1. III. Notitia rei qua de agitur. Neque enim alii deferendum, quam cui veritas facti comperta esse potest. Et si utrique, dispiciat Iudex utrum melius nosse probabile, aut certum sit. Melior autem notitia quæ sensu corporeo percipitur, si alicuius res principaliter acta, si ipse fecit, si vidit, interfuit, non si auditu, alterius relatione, vel rumore cognovit. Vid. Menoch. *Arb. Casu* 190. *n.* 5. *& seqq.* Beust. *ad L. admonendi n.* 174. *& n.* 215. *& seqq.* Hartm. *Tit.* 25. *Obs.* 6. *n.* 2. Mynsing. 1. *Obs.* 13. *& Obs.* 68. *n.* 2. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 46. quem transcripsit Setser.

esse significatur in *c. ult. ex. de iur.* Ad hanc sententiam: ut si coniectura aliqua gravis in caussa pro actore faciet, aut personæ conditio prægravare videbitur: puta si actor sit magnæ auctoritatis, fidei spectatæ; reus autem plebeius aut levis: tum actori iusiurandum deferat iudex. Sin erunt cætera paria: tum reo deferat potius. Sumptum ex regulis iuris notis, quæ efficiunt in paribus caussis reo favendum esse potius, quam actori. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur. L. Arrianus, infr. de oblig. & act.*

† Ut his rebus circumscripta est potestas iudicis in deferendo sua auctoritate iureiurando, de qua parte huius potestatis hucusque diximus; ita iureiurando hoc delato, proprium hoc est in eo potesta- 10

tis

ter. Lib. 4. C. 13. n. 7. Quare huic non locus in materia *L. 2. C. de resc. vend.* quia valor rerum magis ab aliis quam ipso læso sciri præsumitur. Pinel. *in d. L. 2. Parte 3. Cap. 4. & ult. n. 13.* add. *not. supr. N. 5.* Neque per hoc iuramentum dolus probari potest. Celf. Bargal. *Lib 4. de Dolo C. 8. n 41.* Nec consanguinitas aut cognatio iuxta quosdam, cum exacta eius scientia non haberi queat *per L. 83. de cond. & dem.* Sed contra iudicatum. Modest. Pist. Q. 85. & Q. 128. quia & hic probatio per testes recipitur, qui sciunt & iudicant ex eo quod viderint haberi pro filio. Et notitia sufficit eo modo quo haberi potest. Plane quando ea probatione hac grave præiudicium parti adversæ, merito caussa cognationis ardua censetur, Thesaur. *Decis. 61. n. 3.* ut proinde non deferatur tunc, nisi adminiculis aliis semiplena probatio munita per *supr. dicta*. Nec defertur alleganti factum alienum. Sich. *ad L. 3. C. h. n. 54.* Ideoque nec heredi super facto defuncti. Menoch. *d. C. 190. n. 6.* Hartm. *d. Observ. 6. n. 3. & 2 seqq.* Beust. *d. loc. n. 216. & seq.* Borch. *C. 8. n. 72.* Beckendorff *addit. ad* Seraphin. *Privileg. iuram. 33. n. 181.* nec defuncto delatum ab herede præstari potest, per *L. 12. princip. C. h. t.* Sich. *ad d. L. 3. n. 54.* Nisi eiusdem facti verosimilis notitia heredi, ut quia familiaris defuncto. Menoch. *d. C. 190 n. 9.* si filius, vicinus, domesticus. Beckendorff. *ad d. privil. 31. n. 59* si consanguineus, ut Roman *Cons. 190. n. 5.* ref. Pruckman *Vol. 1. Cons. 10. n. 97* Ubi *n. 99.* eam sententiam vulgo explosam esse tradit. Confer. *not. infr. C. 13. N. 20.* Plane apud nos si iuramento sententia iniuncto antequam præberetur, decesserit, iuramento credulitatis in herede locus est. *Nov. Aug. Elect. 24. P. 1.* Quæ & ad hoc iusiurandum suppletorium pertinere videtur, quomodo & Moller. accepisse apparet. Enimvero hoc iureiurando delato si paratus iurare moriatur, heredes admitti, immo perinde haberi ac si iurassent, scribit Mynf. *1. Obs. 13* Quæ confirmatur ex Gail. *2. Obs. 43.* ubi mortem loco iuramenti haberi docet. Qui licet de iuramento in litem loquatur, argumenta tamen & rationes, ut & allegata eius huic quoque, & præcipue conveniunt. Non eadem ratio delati ab adversario, Vid. *not. supr. C. 5. N. 2. & infr. d. C. 21. N 20.* De axiomate: Mors loco iuramenti, eiusque sensu, vid. Munnoz de Escob. *de Ratiocin. C. 10. n. 61. & 2. seqq. & C 11. n. 29. & seq.* Hering. *de fidei. C. 20. §. 1. n. 76. & seqq.* Moller. *4. Semestr. 44. n. 12.* Confer. *idem 3. Semest. 32. n 2 & 3.* An & quando procuratori deferri, vel per eum præstari possit, Vid. Stianc. *Ob. Pract. C. 20. n. 34 & seqq.* Beust. *in L. admonendi n. 408. & seqq.* Ex ratione iuris sane id nunquam licere arbitror. Vid. *not. infr. cap. 22. N. 1. & 2.* An fideiussori? Vid. Hering. *de Fidei. C. 20. §. 1. n. 03.* Universitati ut deferatur & quis tunc iuret, vid. Ant. Fab. *Cod. sue hot tit. Defin. 40.* IV. Probationis peractæ modus vel gradus. Neque hic, si iuxta superiora, æqualis litigantium conditio, caussa habilis, par utriusque notitia, reo omni modo hoc iusiurandum deferendum, etsi post actoris semiplenam probationem nihil præstiterit, ut Azo voluit, ref. Menoch. *Arb. Ca. 190. n. 20.* & sequi videtur Sich. *ad L. 3. C. h t. n. 55. ac seq.* Beust. *in L. admonendi n. 176.* Spechk. *Cent Q. 40. n 10.* Nec omnimodo actori, ut Cynus ea ratione quod reus cupiditate rei detinendæ facilius peieraturus censeatur. Quam invertit Sich. *d. loc.* quod immo maior in actore suspicio, ne & spe rei consequendæ excidat, & calumniæ suspicionem in se concitet. Verum spectandum, uter quousque probaverit, intentionemque suam ex parte impleverit, ut iurisiurandi huius subsidio perfici possit. Equidem si actoris probatio imperfectior infra semiplenam, suspicionem tamen quandam movit Iudici contra reum, huic deferendum est ad purgandam innocentiam; itemque si præsumptio levior, cuius minor vis quam semiplenæ probationis. Vid. Rod. Suarez. *in L. 4. fori Tit. de Iuram. n. 19. & seqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. prat. in causs. civil. V. iuram. n. 3.* Contra si actor plene probavit, exempli gratia mutuum; reus autem exceptionem, exempli gratia, solutionem per leve indicium: non defertur reo, sed actori, itidem ad purgandam innocentiam. Eadem ratione Suar. *d. loc. n. 25.* ubi scilicet defensio rei compatitur actioni, seu non contradicit proposito actoris: veluti hic utrumque potest esse & quod mutuaverit actor & quod solverit reus. Secus si exceptio contraria & non compatibilis. Ibi enim plena actoris probatio non confunditur per præsumptionem Rei, nec necesse est venire ad iuramentum, de quo fusius Suar. *d. loc. n. 26. & seq.* Cæterum si actor semiplene intentionem fundavit; reus autem nuda inficiatione usus nihil probavit; si & actor honestus, cui res comperta, & caussa habilis: crebrior, usque forensi probatior opinio exigit ut illi, non reo deferatur, teste Lanc. Conrad. *d. loc n 4* Menoch *Arb Cap 190. n 20.* Beust in *L. admonendi 31 h. t. n. 168.* Coler. *de Process. exsec. P. 1. C. 10. n. 114 & seq.* Fachinæ. *1. Contr. 18.* scribens ita semper observatum, se vidisse, & id summam habere rationem & æquitatem Nec temere. Nam ubi reus nihil probavit, non est quod is suppleat. Suppletur enim quod perfectæ probationi deest. Alias elisorium iusiurandum aut quo alio simili verbo, nuncupandum erit, non suppletorium. Et ut in reliquis pares hic sint litigantes, ast in eo dispares, quod alter aliquid, alter nihil probavit. Ille sua, imperfecta licet, probatione fidem iam aliquam fecit iudici, eumque induxit, ut opinetur meliorem actoris caussam esse, pro qua aliquid affertur, quam rei, pro qua nihil. Quod si ea inopia probationum huc devenitur *L. 3. C. h. t.* quorum nisi ut illi occurratur: non utique ut elidantur, ut quæ inopes ante fuerunt, egenæ postea fiant. Iunge not. *supr. N. 18.* Adhæc, ut Coler. perpendit *d. n. 115* alias actori nihil profutura sua semiplena probatio. Potuit enim ipseque initio deferre reo iusiurandum nullo quoquam probato; potuit ea molestia probandi defungi. Vid. not. *C. seq. N. 4.* Verum si concessa intentione, ex gr. mutuata esse 100. reus excipit, se solvisse, pactum ne peterentur, &c. atque hoc semiplene probat: tunc utique, si cætera paria, reo iurandum erit. Quia nec ulla actoris probatio est quæ suppleatur. Et hoc dubio sane omni, opinor, vacat. Eo autem casu quo pares utrinque probationes, reo reliquis paribus favendum. Menoch. *d. C. 190. n. 19.* Fach. *1. Contr. 18. in fin.* ita accipiens *L. 31. h. t.* ubi ponitur reus a Iudice absolutus: quia tunc demum vere omnia ex utraque parte paria. Ergo per *L. 125. de R. I. & simil.* Quod intellige, non ubi utrinque perfectæ, ibi enim se mutuo elidunt, ut not. *supr. N. 16.* sed ubi uterque semiplenam, actor pro intentione, reus pro exceptione habet. Bover. *Sing. 40. n. 14.* Coler. *d. n. 114.* Lanc. Conrad. *supr. d. loc. n. 3.* Borch. *C. 8. n. 78.* Et quando defensio rei non directo impugnat intentionem. Nam si ex gr. actor uno teste probat se mutuo dedisse; reus contra itidem uno teste æque idoneo se eo die abfuisse, eadem elisio est, quæ in *not. d N 16.* Sed iurando is præter inficiationem alia insuper defensione usus *iuxta L. 43. pr. de R. I.* veluti: Nego me tibi 10. debere & præterea mecum pactus es ne peteres. Item si prius intentione negata postea solutionem alleget *ut supr. h. lib. C. 5.* Hic si actor mutuum, ex gr. semiplene; reus eodem modo solutionem probaverit, quia utrinque est quod suppleri potest: si cætera paria, reo deferendum. Confer. ad declarationem *not. supr. lib. 22. c. 7. N. 1.* Denique si postquam actor plene, ex. gr. mutuum probavit, reus exceptionem suam vel solutionem semiplene: & hic reus supplere iureiurando suo quod deest, potest. Bover. *d. Sing. 40. n. 14.* Ne in exceptione deteriore iure sit, quam adversarius in actione foret.

tis [23] iudicis, ut non longius progrediatur, quam ut ipse delatum exigat: delatum, ut proposui, remittere non potest: ut eo remisso secundum eum, cui remissum est, iudicetur. Quod ex eodem rescripto, idest, *L.* 3. *C. eod.* intelligimus: sic enim illic traditur, *rem per iudicem iureiurando caussa cognita decidi oportere*. Sive hæc verba sunt necessitatis: aperte iusiurandum litigatoris exigunt; sive sunt potestatis, quæ iudici tribuitur: tamen hactenus tribui apparet, ut non aliter possit rem decidere, quam iureiurando. Idemque apertius expressit Caius in *L. admonendi, hic*, cum ait solere iudices iudicare primum *exacto iureiurando* deinde *secundum eum, qui iuravit*. Non deciditur res iureiurando, multoque minus secundum eum, qui iuravit, ubi nullum est iusiurandum; ubi nemo, qui iuravit. Quod tunc accidit, cum is, cui delatum erat iusiurandum, non iurat; quantumvis ideo faciat, quia sit ei a iudice remissum. Dixi initio, iudicem non esse dominum litis, ut ei in hac re liceat, quod domino, qui iusiurandum detulisset, suo iure pro arbitrio facere liceret. Iubetur constitutionibus iusiurandum exigere a litigatore rei expediendæ & veritatis iuvandæ caussa. Proinde si remittit quantumvis iurare parato, quia non exigit, contra officium facit: neque vero ei per leges facere conceditur. *Inst. de off. iud. in pr.*

11 † Iureiurando recte exacto pro ea potestate, quam diximus; videndum quod secundo loco quæritur, quis sit eius iurisiurandi servandi modus. Is vero est, qui breviter comprehensus est in *d. L. admonendi*, communis cum iudiciali superiore, ut iudex in dubiis caussis exacto iureiurando [24] secundum eum indicet, qui iuraverit. Et hoc est, sententia iudicis sequetur: sententia iudicis erit eiusmodi, quæ actore iurante reum condemnet; iurante reo hunc ipsum absolvat, similiter ut in iudiciali. *L. iusiurandum & ad*, §. *ult. hic*. Quod res iudicio agitur; sequi debet iudicis sententia. Qua enim de re cognovit iudex, de ea & iudicare cogitur, ut finem imponat controversiæ, quam ob caussam aditus erat. *L. de qua re, supr. de iud.* Hoc autem fit pronuntiando seu sententiam ferendo, quæ absolutionem rei aut condemnationem contineat. *L.* 1. *infr. de re iud.* Quia autem id agitur, ut iusiurandum servetur, ne frustra iuratum sit: consequens est, ut iudicetur secundum eum, qui iuravit. Nam aliter iusiurandum non servatur. Ut hic secundum hunc aut illum iudicetur, eum esse oportet, qui iureiurando exacto iuraverit: scilicet ut duo hic concurrant, ut sit ei delatum iusiurandum a iudice: tum ut iuraverit. Proinde si quis ex litigatoribus iuraverit, cui iusiurandum delatum non erat, nihil ei proderit iusiurandum, idque omnis iurisiurandi commune est. *L.* 3. *hic*. Contraque si is cui a iudice delatum erat, non iuraverit, nihil ei delatio profuerit, sive is sit qui aperte nolit iurare, sive is etiam, cui parato iurare iusiurandum sit remissum. Sane inter hos hoc interest, quod cui remissum est iusiurandum, non debet quidem secundum eum iudicari, quia non iuravit, ut ius exigit; sed non debet etiam adversus eum, quia non stat per eum, quominus iuret, ut qui paratus sit iurare, dum iudex exigat, vel potius iurantem audiat. At qui deferente iudice iurare non vult, is in ea caussa est, ut etiam adversus eum tanquam confessum sententia ferri debeat. Manifestæ enim turpitudinis & confessionis est nolle iurare, ubi iusiurandum non referas. *L. manifestæ, hic*. Iusiurandum autem in dubiis caussis delatum ideo non refertur iure, quia nec potest, de quo postea suo loco.

† Iam de vi huius iurisiurandi, vel potius sententiæ ex hoc iureiurando latæ dicatur. Et non eadem hic vis est iurisiurandi & sententiæ, quæ ex superioribus generibus, cum consensu litigatorum res iureiurando vel extra iudicium, vel in iudicio ipso decisa est. Illic enim non conceditur caussam retractare. *L.* 1. *C. eod. L. admonendi, in fin. hic*: usque adeo, ut nec ab ea sententia quæ inde secuta est, appellare liceat. *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *C. eod.* Hic licet retractare eandem caussam, & quidem longe ple- 12

[23]) Quin autem adversarius eius gratiam facere possit, non est, opinor, quod impediat. Plane revocare delatum Iudex ex caussa potest, si postea suspicio sibi mota, facile peieraturum esse, aut si post delationem caussam alterius meliori iure niti compererit. Vid. Borch. *de Iureiur. C.* 6. *n.* 12.

[24]) Unde actio vel exceptio iudicati, illa si actor, hæc si reus iuraverit: Non autem actio ea iureiurando, quia non in hunc finem defertur, nec ultra intentionem operari debet, cum ea probationibus non oriantur actiones. Post Bart. Bald. & alios Sneidvin. in §. *item si* 11. *I. de act. n.* 100. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.* 23. Coras. *ad L. in act.* 5. *de in lit. iur. n.* 30. *cir. fin.* Quod probant in *d.* §. 11. verba: *postulante adversario* & in §. *aeque* 4. *Inst. de except.* verba: *creditore deferente*. Q. An victus hic in expensis condemnandus? Negat Io. Aurpach. *sing. alleg. Lib.* 2. *C.* 5. idemque probabilius statuit A. Fab. 19, *Err. Prag.* 7. sed contrariam sententiam usu fori receptam memorat, ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C. ult.*

plenius, quam ex cæteris rebus iudicatis concessum est. Iam primum hoc ratum esse debet, quod remedium in aliis sententiis omnibus victo tributum est, ut ei a sententia appellare liceat: *L. 1. infr. de app. L. cum prolatis, infr. de re iud.* hoc idem & in hoc genere victo esse servandum. Remedium enim hoc in commune omnibus victis datum est, nisi quæ iusta caussa id adimat. *d. L. 1. de ap. L. sciendum, infr. de ap. non rec.* Nihil autem in hac caussa intervenit, quod videri possit hanc ademptionem suadere, nisi iusiurandum. Ad id cum invito litigatore interpositum sit, invito nocere non debet. Nec usquam apertius id [25] probatur, quam in *L. generaliter, §. sed iuramento, C. eod.* ubi Iustinianus ab ea sententia, quæ iureiurando decisa est, appellari vetat. Eum enim vetat appellare, qui iusiurandum vel detulit, vel postulavit. *Quis enim*, inquit, *ferendus est ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit?* Ergo si quis iusiurandum interponendum non curavit, appellationi locus superest vel ex eadem constitutione. Ex quo apparet non agi illic de eo iureiurando, quod solus iudex per se defert in dubiis caussis; sed solum de eo quod consensu litigatorum interponitur: & quod in principio eius §. proponitur sententia etiam de iuramento ex auctoritate iudicis cuicunque parti illato, non esse accipiendum de eo quod solius iudicis auctoritate illatum est; sed de eo, quod delatum est auctoritate quidem iudicis, verum postulante & procurante litigatore, ut id fieret, ut sequentia declarant. Unde & initii hæc sententia erit, ut velit Iustinianus ad eam vim quam subiicit, nihil interesse, utrum pars parti iusiurandum deferat approbante iudice, an vero iudex ipse, postulante tamen prius litigatore cuius interest. Sed commune hoc remedium est cum aliis, qui sententia victi sunt. Unum est proprium eius, qui ex superiore iureiurando victus est; de quo ita scriptum est in *L. admonendi, hic.* Re iureiurando a iudicibus in dubiis caussis exacto iudicata, *permittitur*, inquit Caius, *constitutionibus principum caussam ex integro agere, si quis [26] nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit.* Caussam ex integro agere est, tunc agere, cum res integra esse desiisset: quod contingit, ubi non est appellatum. Ergo & tunc de eadem re hic agere permittitur, novis instrumentis postea repertis. Quo loco statim opponuntur duo: res iudicata, & iusiurandum. De re iudicata generalia rescripta sunt, quibus constitutum est sub obtentu novorum instrumentorum res iudicatas instaurari non posse. *L. 4. C. de re iud. L. Imperatores, infr. de re iud.* Et hic res iudicata est. Accedit ad rem iudicatam iusiurandum, quod præcessit. Id si a litigatore delatum valet: cur delatum a iudice non potius sit servandum propter auctoritatem iudicis? Sed nihil horum obstat propositæ retractationi. Generalia quidem sunt rescripta de rebus iudicatis non retractandis: sed tamen sunt de rebus iudicatis. Ideo ad caussas iureiurando per iudicem decisas non pertinent. Nam proprie has non [27] esse iudicatas dixeris, in quibus non tam videtur iudex sententiam suam & iudicium proferre, quam litigatoris, quem in re sua velut iudicem fecit. Certe has caussas ex numero aliarum eximi apparet in *d. L. admonendi.* De iureiurando, quod a litigatore defertur, aut eius postulatu a iudice, innuit Caius non esse huic simile id, quod [28] iudex sua auctoritate detulit, cum ait,

non

25) Fac. *L. ult. §. 1. de appell.* P. Greg. 2. *de Appell,* 13. *n.* 3. & ex eo Setser *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 14. Neque hic tam iurantis factum impugnatur, aut de periurio eius quæritur, quam iudicis, an iuste adversarium ad supplementum hoc admiserit. Christoph. Besold. *de Appell. C.* 7. *n.* 7. *p.* 226. Quin & adversus ipsam delationem appellari potest, ne præstetur iusiurandum. Ubi si pendente appellatione actor decesserit, iusiurandum pro præstito haberi iudicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 14. ipse contra sentiens. Ac etsi a delatione intra decendium non appellatum, si postea iurare velit, a præstatione appellari potest. Myns. 2. *Obs.* 39. Besold. *d. Tr. C.* 8. *n.* 3. *p.* 253. Quod si tamen sententia sic lata, *si actor iuret, &c.* reus ipsi solvat, fatalia decendii a die sententiæ, non ex eo quo actor iurare paratus, currere iudicatum. Myns. 5. *Obs.* 95.

26) Et hic oportet ut iuret producens se notitiam antea eorum non habuisse, Guid. Pap. *Dec.* 201. *n.* 1. *&* *Dec.* 243. *n.* 3. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *p.* 671. Seraphin. *Privileg. iuram.* 38. Coras. *in L.* 31. *h. tit. p.* 2. *n.* 37. *& seqq.* Menoch. *Arb. C* 241. qui præterea requirit, ut probet se prius diligentia usum in illis perquirendis, & ut in aliis iudiciis adiuvetur producens. Sed & adversarius, ne stetur iuramento tali, scientiam præcedentem probare potest Coras. *d. loc. n.* 42. Vide de hac retractatione Menoch. *ibid.* Cuiac. 18. *Obser.* 35. A. Fab. *d. Err.* 5. Coras. *in h. L. admonendi* 31. *P.* 2. *n.* 1. *& seqq.* Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 14. *n.* 116. *& seq.* fuse Sfort. Oddus *de Rest. in int. P.* 2. *Q.* 74. *& seqq.*

27) Ita Beust. *ad L. admonendi n.* 31. quia ex iuramento partis lata sententia, qui veluti testis in caussa sua. Et *n.* 32. quia ex probationibus privilegiatis lata cuiusmodi sententia non transeat in rem iudicatam: & ita DD. vulgo, & Sich. in *L. 1. C. h. tit. n.* 5. Padilla *ad L. error C. de Iur. & fac. ign. n.* 44. Bronch. 4. *Ax.* 18. quia privilegiata est, ait, & imperfecta probatio: ac facilius tolluntur, quæ iuris sunt specialis, quam quæ iuris communis. Et quia ob inopiam probationum delatum est, copia earum emergens infirmat. Bronch. 2. *Ax.* 26. Aliter Coras. in *d. L. admonendi P.* 2. *n* 18. quia sententia dolo obtinentis secuta retractari possit *L.* 75. *§.* 1. *de iudic.* Aliter Cuiac. 18. *Obs.* 35. quia res iudicata ex falsis instrumentis ex integro agi potest, ut *infr. lib.* 27. *C.* 7. Instrumentis autem adnumerari vult iusiurandum hoc, quo iudex instructus fit ad iudicandum.

28) Ita Donell. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 13. Oldend. *cl.* 1. *Act.* 9. *in fi.* Beust. *ad L. admonendi n.* 35. Coras. *ibid.* *P.* 2.

non *concedi caussam retractare, cum inter ipsos litigatores iureiurando negotium est transactum*. Significat cum iusiurandum a litigatore litigatori defertur, rem inter ipsos communi consensu transigi, ut in eo insit & conventio & transactio *L.* 2. *L. qui iurasse*, §. *ult. hic*. Nihil horum dici potest, cum solus iudex uni defert, invito altero. Hæc res facit, ut litigatori, qui iusiurandum desulit, quandoque agenti obstet suum ipsius placitum atque conventio: caussa autem per iudicem decisa, nulla sit conventio eiusmodi, quæ agentem removeat. Sed notandum est hic permitti caussam iterum agi, non simpliciter, sed hac conditione: *si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit*: sic enim verba sunt Caii in *d. L. admonendi*. Nova vocat, non confectione, sed inventione & prolatione: idest, quæ non nunc primum conficiuntur post litem iureiurando decisam: sic enim aperte falsa essent: sed quæ nunc primum
13 emergunt & proferuntur nova. † Quod ait, *quibus solis usurus sit*, eo pertinet, ut declaretur caussam hic retractari posse, solis instrumentis postea repertis, non etiam testibus. Quod in hac caussa non sine magna ratione constitutum videtur; etsi alias in universum ita traditum est: *in exercendis litibus eandem vim obtinere fides instrumentorum, & depositiones testium*. L. in exercendis, *C. de fid. instr.* Novi enim testes subornari possunt, de quibus nescias, utrum ante priorem litem de re cognoverint; an nunc primum ad mendacium instructi falsum testimonium dicturi veniant. De Instrumentis [29] autem idem dubitare non licet: quia ipsa scriptura instrumentorum, subscriptiones temporum & personarum seipsas produnt: & non solum ostendunt, cuius sint, sed etiam quam sint veteres, aut novæ. Neque vero facile aut temere res iudicatas rescindi permittendum est. Nam quod dicitur in exercendis litibus eandem vim esse testium & instrumentorum, *d. L. in exer-*

cendis, sic accipiendum est: dum in utroque genere nihil sit suspectum, in totum enim suspecti testimonii fides reiicitur, sive id erit in instrumentis, sive in testibus. *L.* 2. *C. de fid. inst. L.* 3 *in pr.* illic. *Nam si careat*, infr. *de test.* † Sed quid 14
est, quod Caius ait constitutiones, quibus superior retractatio permittitur, tunc videri locum habere, *cum a iudice aliquis absolutus fuerit?* An significat [30] licere actori iusiurandum retractare adversus reum, qui absolutus erit; reo autem condemnato non licere, si forte instrumentum liberationis postea invenisse se dicat? Minime: sed tantum verba constitutionum interpretatur, quæ ita se habent, ut his permittatur post iusiurandum exactum ex integro caussam agere. Proprie agit caussam ex integro actor, qui prius victus fuerat: quod non contingit, nisi reo absoluto: & ideo recte dicitur verba hæc ad actorem referri. Sed non eo minus idem licere facere reo intelligendum est: quin potius licet reo multo magis. Favorabiliores enim sunt rei, quam actores. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* Inde dictum, non debere actori licere, quod reo non permittitur *L. non debet actori, infr. de reg. iur.* Neque ideo mirum sit, de actore solo iterum agente cautum esse. Positum est enim consulto id, de quo maior dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubitationis habebat, colligeretur. † Ait 15
Caius permitti hic caussam ex integro agere; sed nihil exprimit, neque quomodo liceat revocare eamdem caussam, neque intra quæ tempora. Quid ergo hic licet? utrum ex integro agere, petita adversus rem iudicatam in integrum restitutione, an vero ipso iure, & post instrumenta reperta: utrum intra certa tempora id licet, an perpetuo? Et hanc dubitationem Caius sustulit, cum dixit, non simpliciter permitti caussam ex integro agere, sed *permitti constitutionibus principum*. Si permittitur constitutionibus, permittitur iure ipso: cum constitutiones sint optima

P. 2. *n.* 9. Cuiac. 18. *Observ.* 35. Vult. *ad* §. *item si* 11. (*ipsi* 10.) *I. de act. n.* 18. Sich. *ad L.* 11 *C. h. tit. n.* 3. Illic imputari potest cur detulerit, hic nihil. Ad hæc cum quid fit ex necessitate, iura benigniora sunt, quam si ex voluntate Arg. *L.* 7. § 1. *Qui satisd. cog. L.* 56. §. 1, *de evict.* Sich. *d. n* 3. Caroc. *de iuram. lit. Decis. Q.* 2. *Quæstionis* 10 *principalis n.* 5. Ideoque nec naturalis obligatio hoc iuramento tollitur. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.*, 16. Oldend. *d. Act.* 9. *in fin.*

29) Facile in instrumento falsitas deprehenditur ex vetustate, vel novitate litterarum & chartæ, manu scribentis &c. Donel. *ad L.* 3. *C h. t. n.* 14. Et consentit A. Fab. 19. *Err. Prag* 5 *pag* 67. cuius verba pro suis usurpat, suum obtinens Setser. *Lib.* 4. *c.* 17. *n.* 9 Diss. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 27 *& seq. &* Beust. *ibid. n.* 51. *& seqq.* quod instrumentorum appellatione testes quoque veniant *L.* 1. *de fi. instr.* quodque absurdum videatur plus fidei membranæ quam vivæ voci adhibere. Coras. *ibid.* Quibus facile est occurrere. Sed & vocula *solus* excludit ante producta instrumenta. Necesse enim est ut ex sola novorum inspectione & exhibitione veritas constet. Vid. A. Fab. *d. pag.* 67. *& seq. &* Coras. qui fere dissentiunt *d. P.* 2. *n.* 44. *& seqq.*

30) Consent. Zas. 1. *Sing. Respons.* 13. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 30. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 22. *& seq.* Fachinæ. 11. *Contr.* 27., & quos citat Odd. *de Rest. in int. Q* 74 *Art.* 5. Contraria autem opinio receptior, quam probant Odd. *d. loc.* Beust. *in d L. admonendi n.* 1184. *& seqq.* Cuiac. (sed hic nude) 18. *Ob.* 35. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de Confessis Resol.* 1. *n.* 34 *&* 3. *seqq.* Ex quibus rationes & refutationes pro [illegible] parte peti possunt.

pars iuris civilis. §. *sed & quod, Inst. de iur nat. L. 1. sup. de const.* Si iure: non desiderat [31] in integrum restitutionem, qui iure communi munitus est. *L. in caussæ, 2. supr. de min.* Iam instrumentis repertis intra quæ tempora exinde competet hæc actio? Expeditum hoc quoque ex iisdem verbis. Constat enim actiones esse perpetuas, quæ sunt ex constitutionibus. *Inst. de per. & temp. act. in pr.*

31) Vulgo autem dari hic restitutionem ex clausula generali *L. 1. §. uls. ex quib. causs. mai.* & edictum prætoris confirmari solum constitutionibus, ac ad speciem deduci, ut in simili *L. 1. C. Si min. ab hered.* Vid. Coras. *ad d. L. 31. P. 2. n. 24.*

C A P. XII.

De necessitate suscipiendi iurisiurandi, tum extra iudicium, tum in iudicio.

S U M M A R I A.

1. *Edicti verba de necessitate suscipiendi iurisiurandi, & eorum quæ in hac parte quæruntur, summa.*
2. *Iusiurandum de lite extra iudicium delatum impune recusatur; de calumnia non item.*
3. *Iudiciale iusiurandum sine caussa recusari non posse.*
4. L. generaliter, §. sed iuramento, C. eod. *explicatur.*
5. Cap. ult. extr. eod. *sententia.*
6. *Regula*, Actore non probante reum absolvi, etsi nihil ipse præstet, *explicatur.*
7. *Iudiciale iusiurandum ne tum quidem a reo recusari posse, cum actor initio iudicii probationem in se suscepit, qua defectus confugit ad iusiurandum.*

Dixi de vi iurisiurandi, quod litis decidendæ caussa adhibetur, utcunque interpositum, idest, sive extra iudicium inter eos, qui de re aliqua contendunt, sive in iudicio aut inter eos ipsos, aut ex auctoritate solius iudicis. Iam dicam de necessitate eius suscipiendi, si forte is iurare nolet, cui delatum est: quæ altera pars est huius edicti, & tituli de inreiurando. Edicti verba non quæ olim fuerint, sed quæ nunc partim exstent, partim indicentur hoc titulo, hæc sunt:

1 † Eum a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iurare cogam ei, qui iuraverit non calumniæ caussa se id postulare. Si iusiurandum referre, quam iurare malet, potestatem faciam. Si is qui iusiurandum petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei non dabo.

De necessitate iurandi aut solvendi verba edicti exstant in *L. iusiurandum, & §. ait, hic.* Ut prius iuret de calumnia, qui detulit, cavetur in *ead. L. §. qui iusiurandum, hic.* De potestate referendi in *ead. L. §. datur.* De actione deneganda ei, qui conditione iurisiurandi non utitur, *ibidem.* Quæ omnia breviter & commode comprehensa sunt in *L. delata, C. eod.* in hæc verba: *delata conditione iurisiurandi reus, si non per actorem quominus de calumnia iuret, steterit, per iudicem solvere, vel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.* Sed in his multa desunt ad hanc partem pertinentia, quæ partim ex interpretatione veterum, & novis constitutionibus in his titulis, partim ex sententiis veterum, quæ alibi exstant, & ratione colliguntur. Quare de toto hoc iure dicendum est plenius, non solum quod valeat ad explicationem superiorum, sed etiam ad totius eius iuris cognitionem. Quod ut recte fiat, proponam initio, quæ hic quærantur: tum de his, ut fert eorum natura, dicam ordine. Habet autem hæc necessitas duas quæstiones: Quarum prior est natura, an quis cui de lite iusiurandum delatum est, cogatur iure suscipere iusiurandum & iurare; Sequens altera, si quis cogitur, & recusat, quæ sit cogendi ratio, seu quæ sit adversus recusantem pœna. Et quod in vi iurisiurandi fieri diximus, idem accidit & in necessitate iurandi, ut multum referat hic quoque, utrum extra iudicium iusiurandum delatum sit, an in iudicio; & si in iudicio, utrum a litigatore, an a iudice solo, ut fit in dubiis caussis. † Extra 2
iudicium [1] iusiurandum de re delatum impu-

1) Quia id ex mera conventione proficiscitur. Sneidv. in §. 11. *I. h. t. n. 11.* Bcust. *ad Rub. D. h. t. n. 73.* P. Greg. 50. *Synt. 6. n. 3.* Donel. *ad Rub. C. h. t. n. 5.* Caroc. *Q. 34. principali.*

impune recusatur. Id enim liberum esse necesse est, ad quod faciendum nulla est ratio cogendi. Nulla autem hæc cogendi ratio, nisi per prætorem, iudicemve qui solvere aut iurare cogat. *L. iusiurandum & , §. ait, hic. L. delata, C. eod.* Nec quisquam magistratus aut iudex, qui id præstet, nisi ad quem iudicio instituto aditum fuerit. Quare antequam id factum erit, nemo iurare cogitur: ideoque & si quis delatum iusiurandum ante suscipere recusaverit, non nocebit ei recusatio, quo minus & actor quandoque iudicio agens suas actiones, & reus quandoque conventus suas defensiones integras habeat. Tunc cogi posse incipiet, cum is qui prius detulerat, iudicio instituto perseverabit deferre, & ille alter recusabit. Sed hoc de iureiurando, quod de lite defertur, dictum est. Alia caussa est iurisiurandi de calumnia, quod exigitur ab eo, qui de lite iusiurandum prius detulerat. Hoc vero non recusatur impune, quamvis delatio extra iudicium processerit. Finge actorem, cum extra iudicium diceret pecuniam sibi deberi, deque eo esset cum debitore controversia, detulisse reo ut iuraret se non debere, reum accepisse conditionem; sed ex edicto petiisse, ut qui detulerat, prius iuraret de calumnia. Si is recusabit iurare: hæc erit pœna, ut habeatur remittenti similis, eoque ei quandoque agenti denegetur actio. *L. si non fuerit, hic*: de quo postea pluribus dicendum est inter caussas iurisiurandi recusandi. Iudicio instituto, ubi ad magistratum iudicemve qui cogat, ventum est, tum primum exsistit illa de re & lite iurandi necessitas, quam quærimus: quæ an sit ulla iure constituta, & quatenus, tum qualis
3 sit, cognoscendum est. † Est vero iure constituta, sed hactenus, ut sine caussa legibus cognita recusari iusiurandum non possit; cæterum ex caussa possit. De eo quod solus iudex pro sua auctoritate in dubiis caussis exigit, non dubitatur. *L. admonendi, hic. C. ult. extr. eod.* At de eo quod defertur a parte parti quamvis in iudicio, nonnullæ sunt dubitationes: quibus fit ut alii putent id in totum sine ulla caussa pro arbitrio recusari posse; alii posse non ab actore, sed tamen a reo. Quare de huius necessitate initio statuendum est, ne prius ad caussas recusandi veniamus, quam constiterit aliquam eiusmodi caussam esse oportere. Sic ergo habeatur: etiam tunc, cum iusiurandum defertur a parte parti in iudicio, adversarium per prætorem iudicemve cogi iurare, quandiu nulla erit iusta caussa recusandi. De qua sic verba sunt edicti in *L. iusiurandum & ad, §. ait, hic: eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam*. Quæ interpretans Ulpianus subiicit: *alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut iuret. Si non iurat, solvere cogendus erit a prætore*. Idem traditum de quovis iudice in *L. delata, C. eod. delata conditione iurisiurandi*, aiunt Imperatores, *reus per iudicem solvere vel iurare necesse habet*. Et quod de reo cogendo dictum est utroque in loco, exempli caussa dictum est; nihilominus ut intelligi debeat, idem & in actore, a quo iusiurandum postulabitur, valere: & quidem multo magis. Cum enim favorabiliores sint rei, quam actores: *L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* perspicuum est, si reo iusiurandum delatum recusare non permittitur, id multo minus debere actori licere iuxta regulam iuris. *L. non debet actori, infr. de reg. iur.* In quo factum id est, quod sub finem præcedentis capitis factum esse monui in iis constitutionibus, quæ caussa per iudicem iureiurando decisa, permittunt actori instrumentis postea repertis caussam ex integro agere: cum multo citius reo id permittendum sit, si ex eo iureiurando victus fuerit. Positum est nimirum & illic, & in hoc edicto id, quod maiorem dubitationem habuit, ut hinc colligeretur una id quoque, quod minus dubium erat, quo brevitati consuleretur. Itaque & edicto & *d. L. delata*, statuitur ea necessitas, quam dicimus, ut quisquis erit ex litigatoribus, a quo adversarius iusiurandum petet, is per prætorem iudicemve iurare, aut sententiam adversus se pati necesse habeat. Sed dubitationem hic quædam attulerunt. Primum *L. generaliter, §. sed iuramento, C. eod.* tum *C. ult. extr. eod.* Postremo regula iuris, *actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstet*, L. qui accusare, *C. de ed.* Ex quibus priores duo loci liberam recusationem iurisiurandi tribuere videntur omnibus, cum id defertur a parte parti; Regula autem posterior tribuere videtur reo. Quod an ita sit, paucis cognoscamus. † Et in *d. L. generaliter, §. sed iuramento, vers. sin autem*, ita scriptum est: *sin autem is cui sacramentum est illatum vel a parte vel a iudice* (intellige a iudice parte postulante: nam de iureiurando necessario toto eo §. non agitur, ut supra docui) *hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare*. 4

 Atque

Atque his verbis motus [2] Accursius existimavit ita fuisse olim constitutam necessitatem iurandi, ut diximus; sed eam sublatam esse hac constitutione, nisi iusiurandum ita esset ante susceptum, ut placeret litigatoribus rem iureiurando decidi. Hoc ille ad *L. delata, ad. L. generaliter, d. §. sin autem is, C. eod.* sed maxime ad *L. manifestæ, hic*. In qua etiam sententia fuit interpres iuris Pontificii in *C. ult. extr. eod.* poteslque videri ex eadem sententia expressum ipsum etiam illud *C. ult.* Sed hæc sententia magno consensu a nostris repudiata est, & merito. Non enim tantum per se falsa est, sed etiam ita aperte refellitur eadem illa constitutione, ut prope indignum sit venia, si quis ad id statuendum ea lege utatur. Quid enim Iustinianus in extremo eius legis? Diserte scribit, omnia quæ ante illic constituit, non ut aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolata esse; sed ut si quid deesse eis videtur, hoc repleatur. Quod ut aperte testatus non esset; tamen ipse §. *superior*, quid illic sentiat Iustinianus, satis declarat, & quidem ita, ut si alias unquam incivile sit, *tota lege non perspecta, una aliqua particula* arrepta *iudicare aut respondere*, L. incivile, *supr. de legib.* id præcipue accidat in eo loco. Non enim illic Iustinianus simpliciter scribit, eum cui iusiurandum delatum est, posse iusiurandum recusare; sed nominatim, idque continenter, addito hoc temperamento ac velut exceptione, ut dicat posse quidem eum recusare hactenus, ut in recusationis caussam nihil diligentius inquiratur; non tamen ita, ut sit impune: posse enim iudicem, si iusiurandum omnimodo præstandum existimaverit, idest, si existimaverit iusiurandum iure non recusari: posse, inquam, iudicem adversus recusantem sententiam ferre, quasi is detulisset prius iusiurandum, ac sibi relatum suscipere recusaret. Quo casu scimus iusiurandum recusari non posse, sed recusantem pro convicto & confesso haberi. *L. iusiurandum & ad, §. datur, hic*. Tribuit quidem ibidem Iustinianus iudicato facultatem ab ea sententia appellandi; sed hac [3] lege, ut velit confirmari sententiam a iudice appellationis, si cognoverit iusiurandum bene esse illatum, non recte autem recusatum. Qua ex parte liquido apparet, posse iusiurandum recusari non recte, idest, non iusta & legitima de caussa, atque id cum sit, recusationem a iudicibus admitti non debere, sed eum debere esse exitum quem adversus convictos aut confessos esse oporteret. Itaque si de necessitate iurisiurandi suscipiendi, ubi nulla recusandi caussa est, nusquam aperte cautum esset Iure vetere: tamen una hæc constitutio in superiore loco ad hanc necessitatem inducendam abunde sufficeret. † Sed hanc faltem in *C. ult. extr. eod.* remitti quis dixerit, ubi ita scriptum est: *Iuramentum a te* (alloquitur iudicem) *parti delatum, nisi iusta de caussa non potuit recusari: quamvis quod in iudicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri*. Hic, ut apparet, posterius iusiurandum de cuius suscipiendi necessitate nunc agimus, distinguitur a priore, idest, a necessario, ut vulgo vocatur. Dixerat autem Gregorius iusiurandum prius recusari non posse, nisi ex iusta caussa. Ergo posterius dicens licite recusari, hoc dicere intelligitur, licite recusari etiam sine caussa. Verum ne hic quidem de potestate iurisiurandi recusandi aliud statuitur, quam iure civili, & edicto prætoris, etiam si quis maxime hoc capitulum pro iure certo admiserit. Ait enim rescriptum, id iusiurandum, quod a parte parti defertur in iudicio, licite recusari ac referri. Non dicit simpliciter licite recusari; sed coniunctim *licite recusari ac referri*: quo significatur recusari quidem id licite, & quidem sine caussa, idest, sine alia caussa; sed tamen ita, dum simul ac coniunctim refe-

5

2) Quem fere sequitur Petr. Gregor. 50. *Synt.* 6. *n.* 6. *&* Cothm. *Cons.* 82. *n.* 43. *& seqq.* Sed cum nostro DD. vulgo & Caroc. Q. 35. *principali* Duar. *in Post. Com. b. t.* C. 3. *sub fin.* Sicb. *ad d. L.* 12. §. 1. *n.* 3. Bronch 2. *Ax.* 24. Pac. 3. Q. 85. Horat. Carpan. *Statut. Medioları.* C. 101. *vol.* 1.

3) Pac. *d.* Q. 85 *ita* Resp. Quando dubitatur utrum recte delatum sit, potest de facto recusare, sed an iure recusatum sit, nec ne, iudex dispiciet. Non obstat quod in his quæ sub conditione iurisiurandi relicta, Prætor iusiurandum remittit, indulgens meticulosorum superstitioni *L.* 8 *pr. de cond. inst.* Ibi enim nullius interest ut iuretur, modo fiat quod testator voluit; hic publice interest litem finiri. Duar. *Poster. Com. b. t.* C. 3. Sed nec magni videntur ponderis quæ Cothman. *d. Cons* 82. obiicit. Veluti quod conditio iurisiurandi non nisi volenti imponatur, ex eo probat *n.* 49. *& seq.* quia speciem transactionis continet. Hac certe ratione sequeretur & olim libere recusari potuisse, quod falsum omnino. Item exinde *n.* 51. *& sequent.* quod sit contractus, ac quod iudiciale quoque voluntarium sit, proinde ab invitis regulariter non exigi. Minus id probandum quod *n.* 53. contendit, in arduis caussis non esse locum iuriiurando. Nam id quidem obtinet in necessario, ut not. *C. præcedente N.* 22. minime gentium vero in alio iuramento. Nam quo gravior caussa, eo facilius admittendum iusiurandum iudiciale: cum non ita de præiudicio partis adversæ contra quam iuratur hic agatur, quippe litem suo consensu ita finiri volentis. Et passim *ibid.* iusiurandum suppletorium cum hoc confundere, nec quæ illius propria exacte secernere videtur. Quæ enim collectio eiusdem *n.* 71. In actione iniuriarum, præsertim ad palinodiam nec suppletorium deferri potest, si semipleue probatum. Ergo minus iudiciale, omissis probationibus &c.

referatur. Hoc vero ita est, estque ex edicto & legibus prioribus, ut sit facultas recusandi, si quis malit referre iusiurandum. *L. iusiurandum & ad*, *§. datur*, *hic*. *d. L. delata*, *C. eod.* Quod si quis non referat, non aliter id licet recusare, quam si iusta caussa fuerit: quod superiore rescripto non negatur. Si hoc sensit Gregorius, bene est: id enim dicit, quod ius est, quodque volumus; sin aliter, ut interpres putavit, laborare magnopere non debemus. Sumptum enim id est ex falsa interpretatione *d. L. generaliter:* quam ille ita confirmare non potuit, ut iure civili derogaret. Ut enim eius iuris auctoribus summum imperium alia in administratione quis tribuat; tamen hoc constat, parem in parem imperium non habere. *L. nam magistratus*, *supr. de recep.* Non ergo superioribus locis libera recusandi iurisiurandi potestas datur ulli ex litigatoribus, aut datur secus, quam edicto & iure ve-
6 tere cautum est. † Restat illa regula iuris certi, qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse praestiterit, *d. L. qui accusare*, *C. de ed.* qua si non datur haec facultas recusandi actori, ut non dari certum est; at certe videtur aperte data esse reo: ut si iam regulam hic non sequimur, nihil videatur dici posse, cur non ea edicto praetoris, & *L. manifestae*, *hic*, quam maxime adversetur. Pollicetur praetor se reum a quo iusiurandum petetur, iurare coacturum, aut solvere. Regula superior efficit, ne unquam cogatur reus iurare. Nam si actor probat: iusiurandum non deferet, sed volet reum convictum ex his quae probantur damnari, ut ius postulat. *L. negantes*, *C. de ob. & act.* Ita hic non cogetur iurare reus ex edicto, cum iusiurandum ab eo non postuletur. Si actor non probat: volet quidem iusiurandum deferre reo: sed regula hoc casu necessitate iurandi reum liberat. Iubet enim eum absolvi, etsi nihil ipse praestiterit. Proinde etsi nec praestiterit iusiurandum, quod ab eo petitur, nec delatum adversario retulerit: nam alterutrum si ab eo exigitur, cogitur praestare aliquid priusquam absolvatur; quod regula prohibet. Licet ergo reo actore non probante nec iurare nec referre iusiurandum, ut nihilominus ipse debeat absolvi. Quod rursum si verum est: falsum est quod traditur in L. manifestae, *hic: manifestae turpitudinis & confessionis esse*, *nolle nec iurare*, *nec referre iusiurandum*. Nullius turpitudinis est facere, quod iure permittitur, *L. 4. §. ult. infr. de cond. ob turp. cau.* Nec pro confesso habetur is, quem iure absolvi oportet: cum confessi in iure pro iudicatis habeantur. *L. 1. infr. de conf. L. unica*, *C. eod.* Quapropter videndum est, quomodo regula superiore hoc edictum, & ea necessitas iurandi, quam diximus in reo saltem non tollatur. Et Bartolus ad *L. manifestae*, *hic*, reiecta Accursii partim falsa, partim inepta ad haec concilianda opinione, refert 4 omnes doctores ad suam aetatem in hanc distinctionem

4) Diffident tamen & in hoc, num delatum ab eo qui nihil omnino probavit, si nec praesumptione iuris aliqua vel ipse iuvatur, vel adversarius urgetur, recusari nequeat. Nam quod possit, statuunt *gl. in L. 3. Cod. tit.* Bald. Salic. Bart. Abb. & alii quos refert Rod. Suarez. *in L. 4. fori tit. de Iuram n. 5. &* Mascard. *de Prob. Vol. 2. Concl.* 957. *n. 7. &* Menoch. *Lib. 1. Praesumpt. Q.* 81. *n. 2.* qui hanc communem vocant. Cui & adhaerent Ioan. Tavard. *ad §. item si* 11. *I. de act n.* 12. Marsil. *Singul.* 83. (testatus ita pluries se obtinuisse) Fr. Herculam. *de Probanda negativa n.* 204. Hart. Hartm. *Obs. Pract. Tit.* 53. *Obs.* 3. *n.* 5. Stiat. *Obs. Pract. Cap.* 20. *n.* 57. *& seq.* (qui ita se obtinuisse gloriatur) Cothm. *Cons.* 82. *n.* 18. *& seqq.* Anton Fab. *Cod. suo hoc tit. Definit.* 23. *&* Caroc *de Iuram. lit. decis. Q.* 1. *principali* ubi *n.* 4. hanc magis communem vocat. Movetur (1) *Cap. ult. §. ult. ext. hoc tit.* (2) Actor & reus ad imparia obligari non debent. Ab actore plene probante reus condemnatur, nec iuriiurando locus, adeo ut nec contraria consuetudo valeat. *C. 2. de prob.* Ergo nihil probante actore absolvendus reus, etsi non iuret & *ar L. 4. Cod. de ed.* etsi nihil praestet (3) Alias levissimus quisque, cui tuto non refertur iuramentum, ad iudicium prosiliens pro arbitrio molestiam creare poterit alteri, eumque iurisiurandi praestatione onerare. Alia quoque argumenta profert. Coth *d loc.* Et quidem (1) Iuriiurando ait, ita demum locus, si factum probari nequeat. *Exod.* 22. *v* 10. *&* 11. (2) Non temere deferendum; sed quatenus fieri potest, evitandum. (3) Certis casibus deferri potest, sine probatione praevia *L. 26 §. ult verb. in quo ea u C de Usur* Ergo regula est in contrarium. (4) Iurisiurandi conditio ita admittenda, si probationes deficiant. Ergo ita demum, ait, si probationum inopia, si difficilis, ea, si suspicio adsit, aut si deferens praesumptione gravi nitatur. (5) Etsi caussa dubia. *L. 31. h. t.* Contra quod nequeat hinc recusari. Castr. Ang. Alex. & Alberic. & alii, ref. Suarez. *d. loc. n. 6. & seq.* qui hanc aequiorem & veriorem vocat *ibid. n.* 9. Quam amplectuntur Sneidvin. *in §. 11. I de act n.* 21. ubi post Ias. eam communiorem vocat, ut & Gilken. *ad L. 3. C. hoc tit. n.* 7. Parladot. 2. *Rer. Quotid. c. fin P. 1. §. 3. n.* 2. Fachinae. 1. *Contr.* 19. Et communem fatetur, licet eam reprobet, Cotman. *d. Cons.* 82. *n.* 12. Etsi alii ut supra contrariam receptam vocent, ut & Vigel. *Meth iur. controv Lib.* 2. *Cap.* 15. *Reg.* 11. *Exc.* 5. illam magis approbari a DD. reprobandam tamen, quod alia sit ratio decisorii, alia suppletorii iuramenti. Sed & hanc Theorici probant. Cuiac. 22. *Observ* 28. Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap.* 6. *& in Poster. Cap.* 3. Forcat. *Dial.* 54. *n.* 4. *&* 5. Iac. Gourre. *ad L. 2 C. de resc. vend. pag.* 157. *ac seq.* Bronch. 2. *Ax.* 24 Et pro ea clari textus (1) *L. 35. pr. h. t. omnibus probationibus aliis deficientibus.* (2) *L. 25. §. pen. de probat.* (3) *L. ult Cod. de fideicom.* (4) *L. 12. pr.* ibi: *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nondum quidquam probatum. *Cod hoc tit. 5. L. ult. §. licentia* 10. ibi: *vel per sacramentum illius, si alia probationes defecerint.* Cod. de iure delib. (6) Edictum Praetoris *L. 34. § 6. hoc tit.* indistincte loquitur sine conditione probationis antea factae. (7) Generalis quoque *L. 38. hoc tit.* definitio. Denique 1. *Feud.* 4 *§.* 2. Accedit Donat *in Hecyra* Terent. *Ubi*, inquit; *argumenta & testimonia deficiunt*, *iureiurando opus est*. Cuiac *d loc.* Atque hoc utilius, faciens ad expeditionem litis Eoque maturius uti iuramento convenit, quo magis expedit lites citius fieri. Et iure Sax. haec quaestio clare decisa, *Lib. 1. Artic. 6. & Lib. 2. Art.* 22. Beust. *in Rub. D. h. tit n.* 70 Facs *inter diff.* Zobel. *P. 1. Diff. 21. n. 6.* Coler. *Decis.* 122. *n.* 2. ita in iudicia

nem consensisse, quam & ipse ut verissimam sequitur: ut dicerent, si actor statim fateatur apud magistratum se non posse, aut nolle probare, quod intendit, ideoque statim iusiurandum deferat, ibi iusiurandum recusari non posse; sed cogendum reum ex edicto aut iurare, aut iusiurandum referre, nec aliter eum absolvendum. Quod si actor onus probandi assumat, cumque dilationem ad eam rem accepisset, tandem defectus probatione iusiurandum deferat: tum regulæ locum esse, ut non sit cogendus reus vel iurare, vel iusiurandum referre, sed statim sit absolvendus. Neque id adversari edicto: quia edictum sic esset intelligendum, ut necesse esset iurare aut referre iusiurandum, nisi iusta ex caussa iusiurandum recusaretur: hæc autem iusta esset caussa recusandi, quod actor probationem in se assumpsisset. Et verisimile est, hanc sententiam illam ipsam esse, quæ hinc sumpta, relata est in *C. ult. ext. eod.* sic enim illic verba sunt: *sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil præstiterit, obtinere*. Non dicitur, si actor non probet, sed si actor in probatione defecerit: quæ verba ad eum referuntur, non qui statim omnem probationem abiiciat, sed qui probatione suscepta deficiat in eo, quod suscepit. Sed neutra pars huius distinctionis vera est, & semper res in eodem luto hæsitat. Volunt, si actor apud magistratum statim initio litis omissa omni alia probatione iusiurandum deferat, reum cogendum iurare, aut iusiurandum referre. Dicitur hoc convenienter edicto; sed regula refragatur. Verum est enim, etiam eum actorem non probare, qui statim probationem omittit. Regula autem sic concepta est: ut velit, non actore deficiente in probatione, sed actore non probante reum obtinere, etsi nihil præstet: ut hoc saltem quærendum fuerit, quomodo regula hac in parte cum edicto, cum *L. manifestæ, hic, cum L. delata,*
7 *C. eod.* conveniret. † Sed quod præcipue animadvertendum est, volunt, si actor initio probationem in se susceperit, ac deinde probatione defectus iusiurandum deferat, reum non esse cogendum iurare, aut referre; sed statim quamvis nihil præstet, esse absolvendum. Sit hoc sane ex verbis superioris regulæ, atque sententia: at edicto adversatur. Ita dum regulam volumus servare, edictum amittimus. Nihil enim distinguit prætor; sed omnem reum a quo iusiurandum petetur, cogit iurare aut solvere, nisi referat iusiurandum. *L. iusiurandum & ad, §. ait, & §. datur, hic*. Petit autem iusiurandum tam is qui petit postea, quam qui ab initio. Sed & quod dicitur in *L. delata, C. eod.* reum per iudicem necesse habere iurare, satis indicat etiam tum eum cogendum, cum actor probatione suscepta paulo longius in iudicio processit: sic enim proprie iudex esse incipit, si res subiiciatur eius cognitioni. Negant tamen edictum repugnare, quo minus hic iusiurandum recusetur, quia sit iusta recusandi caussa: Si quidem esset iusta, recte dicerent. Nam & ita ius esse, ut ex caussa recusari iusiurandum possit, paulo post ostendemus. Sed quam hic caussam adferant, videamus. Quia, inquiunt, reus in se suscipiendo probationem, iuriiurando renunciavit. Hoc vero aperte falsum est. Ut enim nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversæ sint: *L. nemo, infr. de exc.* sic nemo pluribus generibus probationum, aut viis ad aliquid obtinendum. Licet uti argumentis; licet & instrumentis, & testibus simul in eadem caussa *L. 1. C. de testi.* Quod si quis cœperit rem testibus probare, nemo unquam dicet, quia diffidat se id posse consequi testibus, prohiberi eum uti instrumentis, vel argumentis; aut contra, cum liceat, simul uti omnibus. Denique ad unam probationis speciem cognitio alligari non debet, sed quodcunque ad vincendum actor aut reus adferet, id iudex admittere iubetur, & inde ex animi sui sententia æstimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. 3. §. eiusdem, infr. de testib.* Atqui ad convincendum reum duæ hæ rationes proditæ sunt iure inter cæteras, idonea probatio, & delatio iurisiurandi: Nam & hæc pertinet ad eruendam veri confessionem adver-

eiis servari testatus. Nec obstant superius adducta. Nam (1) *d. cap. ult.* loquitur de iuramento purgatorio & suppletorio a iudice deferendo. Ad (2) Respond. dissimilia hæc. Illic iuramentum supervacuum, quia caussa ex probatione satis liquida. Hic vero negatione adversarii dubia. Fachin. *d. C.* 19. Quid quod sæpe actori a reo defertor Ubi certe non est deferentis ut antea aliquid probet: Finge: Convenis me ex caussa mutui Ego defero iuramentum. Dicesne me non antea audiendum, quam aliquo modo probavero mihi nihil creditum esse add *infr. N.* 6. Ad 3. Respond. Huic periculo occurrit iusiurandum calomniæ ut *C. seq.* Facilius diluuntur rationes Cothmanni, quæ nec sibi probe constant, si in thesi applicentur. Aliquanto magis conveniunt in specie illic proposita, *dict. Cons.* n. 34. ubi nempe plurium testium copia est, qui possunt id, quod in actionem dedoctum, verum vel falsum affirmare. Et ubi ordinario medio probationis legitimæ veritas haberi potest. Alias rationes. (1) & (4) fortius retorqueri, manifestum est. Ad 2 Respond. Immo ubi aliquid iam probavit deferens, maior metus periurii quam ubi nihil. Ad 3. Resp. *d. L.* 26. *in fin* loquitur de iuramento purgationis deferendo ei, qui suspectus de fœneratitia pravitate, & male huc applicatur Ad 4 Respond. confunditur iusiurandum necessarium cum iudiciali, cuius longe alia ratio.

versario: quem credibile est iureiurando sibi delato, priusquam peieret, ultro de re confessurum esse, siquidem iurare cogitur. Quamobrem nihil vetat utramque ex his tentare in iudicio, & una earum initio instituta, si ea non succedit, ad alteram confugere. Sed probat Bartolus renuntiationem ex *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* qui locus potius eum confutat. Diserte enim illic cautum est de eo, qui primo iusiurandum detulit: postea quod detulerat, priusquam præstaretur, revocavit, dum existimat se posse probare quod intendit: tandem mutato consilio rursum ad iusiurandum recurrit. Hoc illi denegatur, addita hac ratione, quia *absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavit, & cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare*. Ergo si quis ante iusiurandum non detulit, aperte cessat constitutio: quia neque intelligitur revocasse, qui prius non detulerat, nec denuo ad iusiurandum convolare, qui nunc primum id defert. Quid ergo? 5 actore statim non probante, aut postea in probatione suscepta deficiente, si is iusiurandum deferat, reus absolvendus non est, sed aut iurare cogendus, aut iusiurandum referre, nisi sit iusta aliqua recusandi caussa? Plane hoc dicimus, idque edicto expressum est in *L. iusiurandum &*, *§. ait*, *hic. & in L. delata*, *C. eod.* Quid ergo superest, dicat aliquis, nisi ut manifeste regula superior adversetur; quæ tam diserte actore non probante vult reum obtinere, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo ea adversatur: quia neque ad actorem iusiurandum deferentem, neque ad reum id sine caussa recusantem pertinet; ut caussa omnino non fuerit, cur propter hanc ita edicti verba & sententiam, tum *L. manifestæ*, *hic*, convellere aut mutare vellemus. Non pertinet 6 regula ad actorem iusiurandum deferentem: quoniam de actore non probante loquitur: non est autem in hoc numero is, qui defert iusiurandum. Hæc enim delatio ita actori iure tributa est, ut si adversarius recusaverit, statim ea res actori pro iusta probatione cedat: placet enim reum haberi pro confesso ac velut convicto. *L. manifestæ*, *hic*. Neque vero alia de caussa ita habetur, quam quod actor iusiurandum deferendo, reum in eam necessitatem confessionis, quæ omni probatione maior est, coniecit; idest, hoc facto istam sibi velut probationem comparavit. Atque ut forte quis dicat actorem hoc modo pro probante haberi non debere: tamen regula ad eum reum, qui iureiurando delato non vult iurare, neque referre iusiurandum, haud dubie non pertinet. Hoc enim sumo, quod omnes concedent, regulam non pertinere ad confitentem reum, sed ad negantem id, cuius probatio ab actore exigitur. Quorsum enim exigere probationem eius, quod reus ultro confitetur, cum eo confitente lis tollatur? *L. 3. C. quib. ad lib. pro non lic.* Sed & illud certi iuris est, confitentem in iure reum non esse absolvendum, sed statim damnandum, ut solvat, eique spatium ad solvendum dandum, si petat: idem nimirum, quod iudicatis. *L. si debitori*, *supr. de iud.* Itaque est hic sensus regulæ: actore non probante, reus qui negat, quod intenditur, & ob id ut in re controversa iuste probationem ab actore exigit: hic inquam, reus actore non probante obtinere debet, etsi ipse nihil præstiterit. At hoc concesso res confecta est. Reus enim qui iusiurandum delatum recusat sine caussa, hoc ipso confitetur se debere: certe iure pro confitente habetur, *d. L. manifestæ*, *hic*. Quo fit, ut ad hunc regula non pertineat, eoque nec adversetur edicto, quod de eiusmodi reo scriptum est: proinde nec patrocinetur reo, quominus iureiurando sibi delato ex edicto iurare debeat, quantumvis actor nihil probaverit. Hanc regulam si ita acceperunt iuris Pontificii auctores in *d. C. ult. §. sane*, *ext. eod.* recte senserunt. Sin aliter: non magis sunt audiendi, quam illi ex nostris, a quibus istam sententiam, de qua dixi, sunt mutuati. Constabit igitur hæc sententia de necessitate suscipiendi iurisiurandi: cum iusiurandum in iudicio delatum est, non tantum si a iudice pro auctoritate delatum erit, sed etiam si a parte parti, necessitatem imponi ei, cui delatum est, ut suscipiat; verum hactenus, ut non possit recusari sine caussa legibus cognita. Cæterum ex caussa utrumque

potest

5) Ita & Fachinæ. 1. *Contr.* 20. & consentit Busius *ad L.* 38. *h. t.* Quomodo pluries Senatus Pedemon. iudicavit, Cacheran. *Decis.* 97. *&* Tessaur. *Decis.* 93. *initio*. Ac facit 2. *Feud.* 33. §. *ult.* (Diss. cum DD. vulgo Mynsing. *ad Cap.* 2. *extr. de probat. n.* 11.) Sed hæc ita, ubi publicatæ iam attestationes & inde cognovit actor, se per testes suos nihil probasse. Antea si deferre velit, non audiendus, ne si reus iuraverit, postea periurium eius detegatur. Vid. Tessaur. *d. loc. &* Anton. Fab. 19. *Err. Prag.* 9. Quin & si sententia probationem iniunxit, non licere hoc iusiurandum deferre iudicatum, ut ex M. Pist. *not. supr. Cap.* 10. *N.* 6.

6) Bronch. 2 *Ax.* 24. post Cuiac. 22 *Obs.* 28. Resp. etsi nihil præstet, id est, non probet exceptionem, quam contestatus est. Duar. *in Comm. hoc tit. Cap.* 6. regulam *d. L.* 4. intelligi debere cum hac exceptione. Occurrere hic [illegible]. Proinde nos sequi quod utilius est.

poteſt. *L. generaliter*, *§. ſed iuramento*, *C. eod. c. ult. extr. eod.* Idque ita eſſe, cauſſis ipſis expoſitis evidentius patebit. Aliter tamen recuſari poteſt, quod a parte parti defertur; aliter quod a ſolo iudice: ut in his cauſſis exponendis ſeparatim de utroque dicendum ſit. Cuius partis explicatio eo nobis difficilior eſt, quod nuſquam ex profeſſo de his cauſſis agitur ſub his titulis, ac ne indicatur quidem quidquam, unde eas cauſſas vel procul conicere liceat. Quinimo ea ſunt hic de his tradita, quæ hanc cognitionem magnopere impediunt. Proponuntur enim alicubi, & quidem tum, cum de hac facultate ex profeſſo agitur, iurisiurandi recuſandi cauſſæ ad ſummum duæ, & intra eas conſiſtitur in *L. iuſiurandum*, *& §. ait*, *§. datur*, *hic*, *& in L. delata*, *C. eod.* Quorſum, dicat aliquis, niſi ut ſignificetur plures non eſse? quod tamen longe ſecus eſt. Danda eſt ergo opera, ut hæc quoque pars nobis ex ſuis locis recte & dilucide aperiatur.

C A P. XIII.

Recuſandi iudicialis iurisiurandi cauſſæ.

S U M M A R I A.

1. *De calumnia ſi poſtulanti prius non iurat, qui iuſiurandum detulit, recte recuſatur iuſiurandum, & cur.*
2. *Juſiurandum de calumnia quibuſdum remitti, & quibus.*
3. L. ult. C. de fruc. & lit. exp. *ſententia*.
4. *Auctor feudorum in* Tit. de conſu. recti feu. §. in quibus, *notatur*.
5. *Iuſiurandum de calumnia in hac cauſſa non abrogari*. Novel. de his qui ingre. ad app. §. ult. *& de ſententia eius loci*.
6. *De calumnia non iurantis pœna duplex*.
7. *Revocato ſemel iureiurando, poſtea id deferre invito non licere: & hinc recuſandi cauſſa*.
8. *Referre iuſiurandum licere, ut hoc facto quis non cogatur iurare: ſed non ſemper, & quibus de cauſſis non liceat*.
9. *Ignota de re nemo iurare cogitur*.
10. *Iuſiurandum improbatæ religionis nemo ſubire cogitur*.
11. *Cæremonia iurisiurandi quatenus præſtet recuſandi cauſſam*.
12. *Juſiurandum recte recuſatur, ex quo imminet periculum exiſtimationis, & ubi hoc periculum, ac de* L. alias, hic, *& n. 15*.
13. *Iuſiurandum item, quo amittitur quod non iurans habiturus fuerit, & ubi id accidat*.
14. *Emptor de proprietate rei a ſe emptæ, an iurare cogendus ſit*.
15. *Iuſiurandum quod iuranti inutile futurum eſt ex perſona deferentis, recte recuſatur: &* de L. alias, hic.
16. *Qui de re iam idonee probavit, is iurare cogendus non eſt*.
17. *Cauſſas iuſtas recuſandi iuriſiurandi non reiici edicto, non* L. manifeſtæ, *hic, & cur, cum hæc ſine exceptione de non iurante cogendo generaliter ſcripta ſint*.
18. *In* L. ideo, rer. am. *quid ſit*, edictum ita ordinatum videri, *ne quis iurare cogatur de facto alieno*.
19. *Non eſſe idoneam cauſſam iuriſiurandi recuſandi, ſi is qui defert, ſit turpis & peierare ſolitus*.
20. *Nec Epiſcopis & Miniſtris verbi Dei iuſiurandum remitti*.
21. *Juſiurandum quod a iudice defertur in dubiis cauſſis, recuſari non poſſe, niſi ſit de re ei cui defertur, ignota, aut illicitum*.

IUſtæ vero ſunt ad id iuſiurandum, quod a parte parti defertur, recuſandum [1] cauſsæ. Quæ numero plures & variæ cum ſint, ad certa & pauca hæc genera revocari poſsunt. Sic enim ſunt conſtitutæ, ut partim ex facto deferentis recuſanti naſcantur; partim ex facto ipſius cui defertur; partim ex re quæ poſtulatur, ideſt, iureiurando In deferente duo facta ſunt, quibus ipſe ſibi deferendi poteſtatem adimit: unum, ſi iureiurando a ſe delato recuſet ipſe, poſtulante adverſario, prius iurare de calumnia; alterum, ſi iuſiurandum ante a ſe delatum revocaverit, quod nunc iterum tentet exigere. Prius conſtitutum edicto; Poſterius conſtitutionibus: unde totidem ad recuſandum cauſſæ ex facto deferentis. † De iureiurando de calumnia 1
ita ſcriptum eſt in *L. iuſiurandum & ad*, *§. qui iuſiurandum*, *hic*, *qui iuſiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, ſi hoc exigatur: deinde ſic ei iurabitur*. Hoc vero nihil aliud eſt, quam ei qui iuſiurandum defert, priuſquam iuret ipſe de-

1) Cauſſas recuſandi XIII. recenſet Gilken. *in L. 12. §. 1. Cod. h. t.* XVII. vero Caroc. *Quæſt. 32. principali &* Purpurat *ad L. 38. h. t.* ref Theſſauro *Deciſ. 256. n. 1. 20.* denique Lancell. Conrad. *de Offic. Prat. in cauſſ. civil. V. Iuramentum n. 8.*

de calumnia, non necesse habere adversarium iurare, sed iuste ab eo iusiurandum recusari. Exigendi huius iurisiurandi ratio hæc fuit. Fieri enim potest, ut qui defert iusiurandum, sciat sibi nihil deberi: idcirco autem deferat, quia vel adversarium traducere cogitet tanquam religionis contemptorem, si iuraverit; vel existimet illum metu religionis non facile iuraturum, & hac illius superstitione in re falsa abutatur. Id quod si neget se sentire, est æquissimum, ut adversario iusiurandum de ea re postulanti non deneget, qui ab illo de ipsius affirmatione aut infitiatione iusiurandum postulat: ut eam conditionem prius in se [1] admittat, quam in adversarii persona æquam esse iudicavit, *L. 1. supr. quod quis. iur.* Sed cum ex hac parte ita demum nascatur iusta recusatio delati iurisiurandi, si iusiurandum de calumnia prius iniungatur deferenti, & ab eo non præstetur: eo fit, ut non semper liceat iusiurandum de lite delatum recusare ob non præstitum a deferente iusiurandum de calumnia: quoniam neque simpliciter iniungitur hoc iusiurandum iis, qui iusiurandum de lite detulerunt, neque iniungitur omnibus. Iniungitur hac conditione, si exigatur. *d. L. iusiurandum & ad*, *§. qui iusiurandum:* Intellige ab eo, cui iusiurandum de re & lite defertur, idest, si is, cui iusiurandum defertur, postulet a deferente, ut prius de calumnia iuret. Proinde si hoc ille non exiget, nulla ei recusandi, aut improbandi iurisiurandi caussa futura est ob id, quod qui de lite detulit, prior de calumnia non iuraverit. Idque est, quod dicitur [3] in *L. delata*, *C. eod.* satis esse ad reum iurare aut referre cogendum, si conditione delata ab actore, per eum non stet, quominus de calumnia iuret.

Sed & † quibusdam hoc iusiurandum remittitur, ut cum hi iusiurandum de lite deferent, non possit adversarius delatum recusare ideo, quia illi de calumnia noliunt prius iurare. Hi sunt patronus, & parens. His vero remitti iusiurandum de calumnia tam multis & his tam diserte scriptis locis testatum est, ut de eo ambigi non possit: ut *L. licet*, *infr. de obs. & lib. L. si patronus*, *hic. L. de die*, *§. ult. supr. qui sat. cog. L. qui bona*, *§. si aliter*, *infr. de dam. inf.* Quod eo moneo, ut manifestum mendum esse intelligatur in Pand. Florent. in *d. L. iusiurandum*, *& §. qui iusiurandum*, cum ita scriptum est, *hoc iusiurandum de calumnia neque patrono, neque parentibus remittitur*. Ubi apparet ita legendum esse; hoc iusiurandum de calumnia [4] æque patrono atque parentibus remittitur: ut & legitur in aliis exemplaribus, & legisse Accursium in glossa eius §. constat. Tributum hoc est 2

2) Quam fidem ex aliis quærit, de moribus suis ipse præstet, *Novell. Leon.* 99. Et licet iure Saxon. generale iusiurandum calumniæ in usu non sit, ut not. *supr. h. lib. Cap.* 3. *N.* 5. speciale tamen hoc eo quoque iure præstandum, per text. *Lib.* 2. *art.* 22. Fachs. *Diff. iur. civil. & Sax.* 52. *inter diff.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 21. *n.* 8. *& Diff.* 47. *inter* Zobel. *Diff.* 24. *P.* 1. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 181. Obrech. *de Iureiur. calum. cap.* 2. *n.* 7. Confirmat *Novel. Elect. Augusti* 12. *P.* 1.

3) Don. *ad d. L.* 9. *n.* 4. Recte. Neque enim convenit, ut ipse sponte se ad iurandum offerat. Ac licet de iuramento calumniæ generali num tacite remitti possit, anceps contentio, ut not. *supr. C.* 3. *N.* 15 quin tamen speciale possit, non ambigitur, *L.* 6. *§.* 2. *de eden. L.* 5. *§.* 14. *de oper. nov. nunc.* Cum ob privatam cuiusque caussam exigi soleat, nec ad iudicii ordinem pertineat, Forner. 2. *Select.* 4. Obrecht. *de iuram calum. C.* 11. n. 13. *& seq.* Plane etsi non protinus post ipsam delationem, aut dum illud acceptavit, hoc a deferente exegit, postea tamen exigere potest, Caroc. *Q.* 13. *præcipuâ n.* 3. Rauchb. *Part.* 1. *Q.* 10. *n.* 16. Quin & in secunda instantia, ac prosecutione appellationis ante præstitum iuramentum principale exigi potest, Beust. in *Rub. h. t.* n. 191. Rauchb. *d. loc n.* 20. Ac licet Zobel. *P.* 1. *Diff.* 24. n. 1. velit post litem contestatam vel guarandam præstitam, exigi hoc non posse, quod stabilito iudicio nihil immutari debeat. Contra tamen recte Rauchb. *d. Q.* 10 *n* 20. *& seqq.* Sed quid si necessitas iurandi reo sententia imposita, eaque vires rei iudicatæ sortita, nunquid hoc calumniæ sacramentum potest ab actore qui detulerat, exigere? Ita post magnas varietates obtinuisse refert Rauch. *d. Q.* 10. pluribus id argumentis firmans & ex eo transcriptor Sotser. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 8. *& seqq.*) ut & Hart Pist *Lib.* 4 *Q.* 14. Rationes præcipuæ hæ; (1) Lege non cautum quod hoc peti debeat ante sententiam latam Hic autem potissimum cum de excludendo aliquem iure suo agitur, nihil sine lege asserendum. (2) Actus, cui peragendo certum tempus lege non præfinitum, quocumque expediri potest. (3) Et alias iuramento calumniæ locus in quavis parte litis, ante conclusionem caussæ. (4) Si qui simpliciter conditionem iurandi suscepit, tamen hoc postea recte exigit, ut dictum: magis utique cui sententia id iniunctum. Quippe minus huic imputari potest, cur non prius exegerit, qui ante sententiam putavit non rite delatum esse. Et nulla mora, ubi nulla obligatio, & in iis quæ non sunt liquida. Ergo neque hic ante sententiam. Quæ postrema ratio satis valida.

4) Quam affirmativam lectionem se in duobus manuscriptis invenisse scribit Obrech. *de Iuram. calum C.* 5. *n.* 29. Sed & ipse tum in iisdem duobus in Bibliotheca eiusdem Clariss. viri, Argentinæ, tum in pluribus aliis, quos diversis locis ac Bibliothecis publicis perscrutatus fui, eandem reperi, nullo penitus eorum quos ipse adii, ut minimum in hoc discrepante, etsi alii sic: *aque Patrono atque parentibus*, alii *aque Patrono parentibusque*, alii *patrono parentibus*, sine coniunctiva particula. Convenit *Synops. Basil. Lib.* 22. *tit.* 5. *Cap* 30. ὃν ἐκ ὅμοιον πατὴρ ἢ πάτρων Et ita Cuiac. 9. *Obs.* 37. Duar. *in Poster. Comm. h. t. C.* 3. Pac. 3. *Q.* 83. Leunclav. 2. *Notator.* 37. Mercer *in Conciliat. p. m.* 707. Leon. 5. *Emend.* 20. Anton. Fab 1. *Iurispr.* 5. *Princ.* 2. *Illat.* 9. Borch. C. 7. n. 23. *& seq.* (& eius verbis Setf. *Lib.* 3. *C.* 3. n 42) Gilk. *ad L.* 9. *C. hoc tit.* n. 3. Speckh. *Cen.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 24. Val. Guil. Forst. *de Iur Interpr. Lib.* 1. *C.* 2. *n* 15. Quomodo & nulla mentione variantis lectionis legunt Sich *ad L.* 1. *pr. C. de iur. calum. n.* 9. Frid. Schenck. L. Baro a Tautenb. *Progymnasm. fori Lib.* 2 *tit.* 8. Caroc. *h. Tr. Quæst. principali* 13. *n.* 12. Sane Forn. 2. *Sele.* 4. statuit regulariter hoc remitti parentibus, &c. Sed exceptionem esse, nisi propter rem iuretur, veluti de pecunia credita ab actore vel reo, *L.* 14. *h. t.* Sic accipit negative lectionem Florent. *d. L.* 34. *§.* 4. Sed notatur a Cuiac. 9. *Obs.* 37. *circ. med.* quia iusiurandum de calumnia, de persona est, non de re. Et si honor personis his habendus, remitti illis convenit.

est [5] honori parentum & patronorum, ne qua adversus eas actio intentetur, ne qua his exceptio obiiciatur, ne qua sit denique ab his postulatio, quæ doli aut fraudis habeat mentionem. *L. 2. L. parens, L. licet, infr. de obs. a lib.* Patrono remitti hoc iusiurandum cum dicimus, intelligi volumus etiam patronam, liberosve aut parentes patroni patronæve: nam & his idem honos edicto tribuitur. *d. L. parens, de obs. a liberis.* Iure feudorum & domino hoc iusiurandum remittitur adversus vassallum & contra vassallo adversus dominum. *Tit. de consu. rect. feu.* [6] *§. in quibus.* Sed de calumnia, inquam, iusiurandum his remittitur; *quoties autem propter rem iuratur*, ait Paulus, non item. *L. quoties*, hic. *Propter rem* sic accipe, propter rem de qua agitur, idest, litem, seu rem quæ in iudicium deducta est, ut exemplo ibidem Paulus declarat: neque enim in hoc iureiurando deferendo aut doli mali, aut calumniæ parentis, patronive fit mentio.

Quæsitum est, an quod parenti & patrono hic tribuitur, contra quoque tribuendum sit filio & liberto, ut his iusiurandum parenti aut patrono deferentibus, ipsis quoque iusiurandum de calumnia itidem remittatur. Non quærerem, nisi vulgo placeret idem esse tribuendum: hoc enim Accursius [7] probat *Tit. de consu. rect. feud. §. in quibus*, & cum aliis Bartolus *ad L. iusiurandum &, §. qui iusiurandum, hic*, idque his argumentis: primum quod quibus privilegiis in iudicio quis utitur, iisdem & adversario uti concedendum est, ut est constitutum *L. ult. C. de fruct. & lit. exp.* deinde quod ut iusiurandum de calumnia remittitur domino feudi deferenti iusiurandum vassallo, ita placet remitti & deferenti vassallo in *d. tit. de cons. rect. feud. §. in quibus.* addita hac ratione, ut quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure utatur. Ego autem miror, quomodo illis hæc sententia etiam in mentem venire potuerit, quæ tam manifeste falsa est. Cur enim parenti & patrono remittitur iusiurandum de calumnia? nominatim hac de caussa, quia filius parenti, libertus patrono honorem & reverentiam debent; quibus repugnat parentem patronumve alicuius doli aut calumniæ insimulare. *L. 2. L. licet, infr. de obs. a lib.* Itaque huic beneficio personæ conditio & certa caussa locum facit. Nihil est in toto iure certius, quam ubi personæ conditio & certa caussa locum facit beneficio, ibi deficiente persona & caussa beneficii, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur. L. quod dictum, supr. de pact.* An ergo eadem est personæ filii quæ patris; eadem liberti, quæ patroni? aut an æque pater filio, aut patronus liberto honorem debet? Imo utrumque absurdum est dicere. Absurdum igitur ob eandem caussam idem filio & liberto tribui. Vel hoc ipsum, quod tot locis traditum est, remitti hoc iusiurandum nominatim parentibus & patronis, satis argumenti esse debebat, retineri id in aliis omnibus, in quibus eadem ratio non sit, atque in his regulam huius edicti confirmari, nisi quid & de aliis alibi cautum esset. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa legata, infr. de inst. vel inst. leg.* Atqui hoc iusiurandum filiis aut libertis remitti nusquam legimus: & vero absurdum esset pariter remitti, ut ostendi. † Moventur *L. ult. C. de fruct. &* 3
lit. exp. quam omnino male acceperunt. Scripta est enim adversus eos, non qui beneficio quolibet donati sunt, sed qui privilegio; neque adversus hos omnes, sed eos qui eodem hoc privilegio in iudicio utantur; placetque, ut adversario contra eodem iure in eo iudicio uti liceat. Quorum neutrum dici potest in iureiurando calumniæ, quod patri remittitur. Primum hæc remissio non est privilegium; siquidem privilegium est id, quod alicui vel corpori, vel personæ datum est contra rationem iuris, nulla alia de caussa, quam ut corporis eius aut personæ ratio habeatur, est enim privilegium lex privata, ius singulare, quod idem personam non egreditur. *L. 1. in fi. de const. princ. L. quod*

5) Ita Borch. *Cap. 7. n. 27.* Obrech. *de iuram. calum. C. 5. n. 21. & seq.* adversari reverentiæ ut hi, quibus ea debetur, in suspicionem calumniæ vocentur. Idemque esse, etsi alieno nomine parens vel patronus interveniat, Caroc. Q. 13. *principali n. 12.*

6) Vid. Volt. *Lib. 2. de Feu. C. 3. n. 16.* ubi inquirit, num idem in Vassallo eo, qui iureiurando fidelitatis non obstrictus, quod affirmat. Plane hanc dispositionem feudalem in Camers non observari verius putat Rutg. Rulant. *de Com. P. 1. Lib. 2. C. 14. n. 12.* Confer Matth. Boys *addit. ad Tr. Correlativ.* Baptist. de S. Blasio *C. 3. n. 10.*

7) Ita Cuiac. *Lib. 4. de Feud. t. 36.* ut sit ius æquabile. Et generaliter, ait, in omni lite, quod ultro uni litigantium concessit Princeps, eo ut fruatur pars adversa, ne unus plus altero oneretur, *d. tit. L. ult.* Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. C. 4.* Æqualitas, ait, hæc inæqualis, cum reverentia non sit mutua. Nam & patronus libertum famoso iudicio convenit. Et ut Caroc. Q. 2. *Quæst. 13. princ.* magis confidit Lex in patre erga filium, ne calumniari videatur, quam contra. add. Obr. *de iur. cal. C. 6. n. 6.* qui ad *d. t. 33. 2. F.* Resp. ius singulare producendum non esse. Diss. cum Bart. & A. del Re *de iuram. cal. C. 28. n. 19. & 2. seq. & n. 57.* Confer. Nic. Intrigliol. *Tr. de feud. Q. 62.*

quod contra, *L. ius singulare*, *supr. de legib.* nec melius id declaratur, quam exemplis *d. L. ult. C. de fruct.* & *lit. exp.* ubi in privilegiis, de quibus illic cavetur, hæc habentur: quod quibusdam conceditur vel sportulas litis non nisi ad certam quantitatem præbere, vel expensas litis aut minuere, aut penitus non agnoscere: quæ omnia contra rationem iuris esse, & ad nonnullam iniuriam adversarii spectare constat. Quod autem remittitur patri patronove, ne iurent de calumnia, non contra rationem iuris, sed certa & manifesta iuris ratione his tribuitur: nempe quod filius patri, libertus patrono natura honorem debet. Quapropter non potest hoc ius ab alio, in quo hæc ratio non sit, ullo modo quamvis in eodem iudicio usurpari. Et certe plus quam ridiculum est, si quia pater postulat in iudicio se pro patre haberi & observari a filio, filius itidem contra postulet a patre se ab illo pro patre haberi. At hoc postulat filius, qui sibi adversus patrem iusiurandum de calumnia remitti postulat, quod patri nisi ob honorem & reverentiam illi debitam remittitur. Sed etsi quis dederit privilegium esse, quod patri iusiurandum de calumnia remittitur: tamen nisi ipse eo privilegio utatur in iudicio, non debet adversario filio idem tribui ex superiore constitutione. Porro cum filius iusiurandum de lite deferet, & volet sibi iusiurandum de calumnia remitti, nunquam potest evenire, ut pater idem postulet, eoque & suo hoc beneficio in hac re utatur. Nihil enim hoc casu relinquitur patri, nisi ut aut iuret ipse, aut filio referat iusiurandum: neque vero iuranti de lite, aut iusiurandum referenti necessitas imponitur de calumnia iurandi, ut necesse sit patri huius iurisiurandi remissionem postulare. *L. iusiurandum* & *ad*, *§. datur*, *hic*. Quare nec ex ea lege filius eiusdem iurisiurandi remissionem impetrare potest adversus patrem, qui in iudicio hac remissione non utitur. † Quod
4 autem in *Tit. de consf. rect. feu. §. in quibus*, scriptum est, quod placuit sacramentum calumniæ a domino non exigi, id etiam de vassallo intelligendum esse, ut quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure utatur: non est eiusmodi, ut movere nos debeat. Aut enim auctor sentit etiam vassallo mutuum honorem a domino deberi, propter quem vassallo quoque hoc iusiurandum remitti oportet, aut non deberi. Si deberi: nihil exemplum ad hunc locum pertinet, ubi constat qui honos parenti aut patrono debetur natura, eundem nequaquam deberi filio aut liberto. Si non deberi: non recte sentit, cum exemplo domini colligit etiam vassallo remitti debere iusiurandum. Repugnat recta ratio, & totius iuris civilis consensus, quo fit, ut quod certa de caussa recte & sine alterius iniuria constitutum est, id causa cessante ad alias res aut alias personas transferri non debeat, *d. L. quod dictum*, *supr. de pac. L. in omnibus caussis id*, *infr. de reg. iur.* Sed præcipue hoc ius in eo de quo quæritur, valere oportet. Cum enim iusiurandum remittatur patri propter honorem & reverentiam his debitam: *d. L. 2. L. licet*, *de obs.* non tam absurdum est, quam impium hoc idem tribuere filio adversus patrem, ut & pater hunc honorem præstet filio: idemque de patrono & liberto dicendum est. At enim *quod quisque iuris in alium statuit*, *ipse eodem iure utatur*, ait auctor superioris sententiæ. Inepta plane ratio ad id efficiendum, quod vult, si dominus vassallo honorem vicissim non debet: certe inepta ad id, de quo nunc agitur. Nam primum hæc verba. *Quod quisque iuris statuit*, ad eos pertinent, non qui iure publico bene constituto utuntur, sed qui aliquid novi, & iniqui iuris statuunt aut impetrant, ut sic videantur ipsi sibi hoc ius statuisse, non ex iure publico sibi tributum accepisse. *L. 1. L. 3. in pr §. si is*, *supr. quod quis iur.* At dominus, aut pater cum remissionem iurisiurandi de calumnia impetrant, nihil hic nisi publico iure, & optima ratione constitutum impetrant: ut si quid hic ex iure faciunt, id illis apud alios fraudi esse non debeat. Deinde ex superiore regula non cogitur quisquam eodem iure uti, nisi qui id ius ante sibi statuit, idest, aut id postulavit, aut alio postulante & impetrante, eo iure usus est *d. L. 3. in pr. quod quis, iur.* Iam autem dixi, cum filius iusiurandum patri deferens volet sibi remitti iusiurandum de calumnia, nunquam accidere, ut pater in eo iudicio idem petat: ut is possit dici id ius sibi statuere, etiamsi maxime eo iure uti posset, si vellet. Quare ne sic quidem regula ad eum pertinet. Postremo ut usus maxime esset pater eo iure: tamen regula superiore nihil amplius ab eo exigitur, quam ut filio postulante eodem iure utatur. Non ergo cogitur alio iure uti, sed eodem. At cum filius postulat sibi a patre remitti iusiurandum de calumnia, ut & patri remittitur: postulat ut pater utatur non eodem iure, sed plane dissimili. Prius enim honos habitus est patri a filio; nunc conversa plane ratione atque æquitate, postulat filius ut sibi ho-

nos deferatur a patre: quod non magis priori simile est, quam si postulet filius se pro patre haberi. Ita potius ratio & regula superior adversus istos convertitur.

Dicendum est igitur, si quibus iusiurandum de calumnia remittitur, his remitti iure civili; parenti, patrono, patronæ, liberisve & parentibus patroni, patronæve: iure autem feudorum, domino adversus vassallum. Fortasse & vassallo adversus dominum, si vera est sententia, quæ refertur in *d.* §. *in quibus*, *Tit. de conf. rect.*
5 *feu.* extra hos autem nulli. † Nisi tamen hodie in totum omnibus remitti putamus constitutionibus novellis Iustiniani, ut iam nulla sit caussa recusandi iurisiurandi ex eo, quod is qui defert, non vult prior de calumnia iurare. Quod quidem vulgo effici putatur *Novell. de his qui ingred. ad ap.* §. *ult.* ubi videtur caveri, ne iusiurandum de calumnia semel initio litis præstitum amplius ab eodem in eadem lite exigatur: idque [8] Accursius & Bartolus scripserunt ad *d. L. iusiurandum & ad*, §. *qui iusiurandum*. Sed recte expendantur verba constitutionis, non ex versione vulgari, quæ tota vitiosa est, & ambiguitate ac perplexitate sua merito nostros illos in errorem inducere potuit; sed ex authentico Græco, & versione Haloandri, qui sententiam constitutionis non paulo melius expressit. Reperietur nullo modo ea lege iusiurandum de calumnia in specie proposita remitti. Nam primum hoc convenit, non vetare constitutionem iusiurandum de calumnia simpliciter exigi post litem contestatam; sed ita, si id iam ante in initio litis in totam futuram litem & litigatoribus præstitum sit, iuxta formam *L.* 2. *C. de iur. prop. cal. dan.* Finge ergo statim initio litis unum ex litigatoribus iusiurandum de lite adversario deferre, prius quam ad instruendum futurum iudicium quidquam actum esset, & invicem ad futuram litem iuratum de calumnia. Nonne a deferente recte petetur ex edicto, ut prius iuret de calumnia, nec quidquam superior conditio obstabit? & apparet nihil obstare. Sed etsi litigatores cum de litigando cogitarent, initio litis solemne iusiurandum de calumnia præstiterint: tamen observetur non vetare illam constitutionem simpliciter, ne iterum id iusiurandum exigatur in eodem iudicio; sed solum ne exigatur [9] de eadem specie, de qua prius specialiter iuratum fuerit. Nam cum illic ageretur de eo, qui probationem alicuius dicti aut scripti exigeret ab adversario, cavet quidem constitutio, ne is cogatur iterum iurare se non calumniæ caussa hanc probationem exigere: sed nominatim hac lege, si initio litis præter generale iusiurandum de calumnia, hoc ipsum etiam specialiter iuraverit, se nullius rei probationem ab adversario calumniose requisiturum. Proinde si id non iuravit specialiter, non prohibet constitutio, quominus id nunc ab eo exigatur, qui probationem requiret; quantumvis prius iuraverit de calumnia generaliter. Hoc si iusiurandum ea lege non remittitur probationem desideranti, ubi prius se in ea petitione nihil calumniæ caussa facturum non iuravit, cum tamen nusquam aperte prioribus legibus hoc iusiurandum ei petitioni imponatur; multo minus ei remitti putandum est, qui iusiurandum de lite quandoque defert, ubi prius se in ea delatione nihil calumniose facturum non iuravit: cum videamus id iusiurandum nominatim hoc edicto ab eo exigi. Ut nihil amplius: certe utrumque eiusdem rationis est, vel quod qui iusiurandum defert, quodammodo probationem sibi parare vult, vel quod novam quæstionem introducit, cuius nomine de calumnia specialiter prius non iuravit.

Manet ergo etiamnunc & post constitutionem superiorem Iustiniani eadem necessitas iurandi de calumnia, quæ prius, in ea specie de qua agimus. † Qua ne- 6
cessitate manente, statuitur ea caussa recusandi delati iurisiurandi, quam diximus, ut si is qui iusiurandum defert, prius ipse de calumnia non iuret, si exigatur, iure adversarius iusiurandum recuset. Illud ad pœnam recusantis iurare de calumnia diligenter hoc loco notandum est, non hanc solum esse pœnam, ne adversarius ei iurare cogatur; sed etiam singularem hanc accedere, ut quamvis adversarius ex hac caussa non iuret: tamen perinde habeatur,

8) Quos sequitur Damh. *Prax. Civ. C.* 179. *n.* 4. & 5. refellit *Nov. Leonis* 99.

9) Consentit Cuiac. *ad L.* 9. *C. h. t.* & *in Nov.* 49. *sub fi.* Petita, ait, comparatione litterarum, iurabitur iterum de calumnia. *Nov.* 73. petito item iureiurando *Nov. Leonis* 99. Add. Borch. *C.* 7. *n.* 31. Atque ita Vitebergæ iudicatum ex attestatione soceri sui Mich. Teub refert Rauchb. *P* 1. *Q.* 11. *n.* 5. Quod pluribus firmat *ib. n.* 6. & *seq.* (& ex eo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 5 *n.* 18. & *seqq.*) quia & olim si non necessarium, attamen solitum iusiurandum generale calumniæ initio litis præstare utrinque. Neque tamen restrictio addita, *d. L.* 34. § 4. nisi prius de calomnia iuraverit. Sed & diversa utriusque iurisiurandi capita esse, neque hoc speciale, genera includi ostendit *ibid. n.* 12 & *seq.* Ac ubi in specie exprimi debet, verba generalia non sufficiunt *L.* 35. §. 2. *C. de in off. test.* quia verborum specialium maior vis *L.* 25. §. 5. *de acq. her.* Idem contrarius abunde occurrit *d. Q.* 11. *n.* 21. & *seqq.*

tur, quaſi [10] iuraſſet, ut ſecundum eum ſententia ferri debeat. Sic enim fieret, ſi is qui iuſiurandum detulit, adverſario iurare parato, iuſiurandum remiſiſſet. *L. 5. in fin. hic. L. 1. L. actori, C. eod.* At is cum recuſat prius de calumnia iurare, remittenti ſimilis habetur: quam ob cauſſam non dubitatur, quin ei denegari debeat actio. *L. ſi non fuerit, hic.* Nec abs re. Quid enim intereſt, utrum qui iuſiurandum defert, aperte verbis permittat adverſario non iurare, an vero facto aliquo ſuo declaret ſe hanc illi poteſtatem facere? Sic autem de hac pœna poſteriore ſcribit Ulpianus in *d. L. ſi non fuerit.* Ut appareat eam pertinere etiam ad eum, qui [11] iuſiurandum extra iudicium detulit, ſi ipſe adverſario ſuſcipiente iusiurandum, & poſtulante, ut prius iuret de calumnia, nolit iurare. Primum quod Ulpianus eum qui iureiurando delato de calumnia non iurat, per omnia ſimilem facit remittenti. Conſtat autem, etſi quis extra iudicium detulerit iuſiurandum, & adverſario iurare parato remittat, non minus prodeſſe adverſario hanc remiſſionem, quam ſi ipſe iuraſſet *d. L. 1. & L. actori, C. eod.* Deinde quod idem ait eum, qui non vult de calumnia iurare, in ea cauſſa eſſe, ut debeat denegari ei actio. Non denegatur actio poſt iuſiurandum delatum, niſi ei qui ante actionem inſtitutam detulit. Sed de priore facto deferentis ſatis: ex quo prima recuſandi iuriſiurandi cauſſa ducitur, cum qui defert, prius de calumnia non iurat, poſtulante adver-
7 ſario. † Alterum eiuſdem generis in deferente factum erat, ſi is iuſiurandum ante revocaſſet. De quo Iuſtinianus ita conſtituit in *L. ſi quis iuſiurandum, C. eod.* ut ſi quis iuſiurandum detulerit, & necdum eo præſtito poſtea id revocaverit, non [12] liceat ei penitus iterum ad iuſiurandum recurrere: abſurdum enim eſſe redire ad hoc, cui renuntiandum putavit.

Hæc revocatio quando ſit neceſſaria deferenti, ſupra ſuo loco diximus. † In eo 8
cui iuſiurandum defertur, factum unum eſt, quo iurandi neceſſitatem evitat ex edicto, ſi is iuſiurandum [13] referat: datur enim ei hæc facultas, ut ſi malit, referat iuſiurandum *L. iuſiurandum & ad, §. datur, L. manifeſte, hic, L. delata, C. eod.* Sed tribuitur ei hæc facultas cauſſa cognita: non ut ei detur probanti aliquam cauſſam eſſe, ſed ut ei ob inſtam cauſſam denegetur. Tribus autem de cauſſis [14] is, cui iuſiurandum defertur, id referre non poteſt; vel quia is refert, de cuius ſolius admiſſo agitur; vel quia is, qui prius detulerat; vel quia ita convenit, ut cui nunc defertur, is iuraret. Cuius de admiſſo agitur, is iuſiurandum de ea re delatum [15] referre non poteſt. Sumptum ex *L. Marcellus, §. ult. & LL. ſeqq. infr. de act. rer. amotar.* quibus in locis ſcriptum eſt, ſi mulier iuſiurandum marito detulerit, in actione rerum amotarum, ut is iuraret ſe res non amoviſſe, & velit iuſiurandum referre, aut contra: a prætore non permitti, non magis, quam ſi quis ei, qui furti agat, iuſiurandum referat de eo, an ipſe fur ſit: idque edicto ordinatum videri. An quod actio famoſa eſt, de qua illis locis agitur? Minime, ut apparet ex actione rerum amotarum: quod iudicium inter virum & uxorem introductum eſſe conſtat, quia non ſit turpe, ideſt, famoſum. Alioqui furti actio ſuffeciſſet. *L. 1. & 2. infr. rer. amo.* Cur ergo in his non permittit prætor referri iuſiurandum? quia agitur in his de furto & amotione eius, cui

10) Ex *Cap. cauſſa*, habetur iuſiurandum pro præſtito, *Nov. Elect. Sax. 12. P. 1. in f.* Et ratio, quia conditio pro impleta habenda, cum per adverſarium ſtat, ne impleatur, Moll. *ibid. n. 4.* Beuſt. *ad L. 15. h. t. n. 43.* Unde & ſi moram nectente in hoc præſtando deferente, alter mortuus, idem ſtatuit Borch *h. T. C. 7. n. 8.* (& huius verbis Setſ. *Lib. 4. C. 5. n. 6. & 7*)

11) De hoc valde ambigo, & in negativam propenſior ſum cum Beuſt. *ad Rub. D. h. tit. n. 75* Diſpar enim ratio conventionalis, cuius nec præſtandi nec referendi ulla neceſſitas.

12) Ratio dubitandi. Mutatio conſilii licita eſt, dum ſit ſine alterius iniuria. Ratio decid. In revocatione non obſcura iniuria. Revocando enim profeſſus eſt, ſe fidem adverſarii, cui detulerat, ſuſpectam habere, & religioni eius ſtare nolle. Quare poſtea eum ludificari non debet, Don. *ad d. L. 11. n. 2.* add. Zobel. *P. 1. Differ. iur. civ. & Sax. 91. n. 5* Borch. *h. t. C. 6 n* 18.

13) De relatione hac Vid. Menoch. *Arb. Cas.* 189. Weſ. *Conſ. 3. n. 50.* Pruckman *Vol. Conſ. 2. n. 472.* Stiat. *Obſerv. pract. C. 20. n. 60. & ſeq.* Duar. *hoc tit. Cap. 5.* Fore. *Dial. 54. n. 4.* Ant. F. 19. *Err. Prag.* 8. Zob. *P. 1. Diff. iur. civ. & Sax. 24. & 2. ſeqq. P. 1.* ubi *Diff.* 26. etſi iure Saxon. nihil de ea cautum, ex iuramento tamen communi eius defectum ſuppleri,

14) Sed num his caſibus delatum omnino præſtari debet, an vero, æque ut relatum, recuſari poteſt. Poſterius placet A. Fabro 19. *Err. Prag.* 8. *ſub fin.* (1) quia nec audiendus ſit, qui iuſiurandum defert, quod referente adverſario ipſe ſuſcipere non poſſit (2) quia recuſans iurare, non pro confeſſo, ſi referre paratus, per *L.* 38 *hoc tit.* Excipit tamen, niſi ex perſona eius, cui defertur, fiat, ne referri poſſit, ut in actione rerum amotarum. Et ita *Cothman. Conſ. 89. n. 77.* neminem onerandum iureiurando cui referendi poteſtas negata. Contra DD. vulgo & Menoch. *Arb. Cap. 189. n. 7.* Fach. 1. *Contr.* 21. (& eiuſdem verbi tranſcriptor Sethſer. *Lib. 4 Cap 3. n. 41.*) quos conſule. add. Stiatic. *Obſ. Pract. Cap. 20. n. 59. & ſeqq.*

15) Convenit Menoch. *dict. Cap. 189. n. 7.* ſcribens, cum veritatem ignorat deferens, quam ſcit is, cui refertur, nec recuſari poſſe, nec referri. Et Zobel. *P. 1. Diff. iur. civ. ac Sax. 21. n. 4. &* Moller. 2. *Semeſt. 14. in fin.* eum proprii facti eſt id, quod conſcientiæ committitur, referri non poſſe. Quare & quando lucri perceptio iuriiurando commiſſa, relationi locum eſſe negat, Modeſt Piſt. *P. 3. Q. 130. n. 10.* Quæ etſi ita ſint: rationem tamen iſtam hic non convenire, contendit Borch. *C. 7. n. 14. & ſeq.* quem vide.

cui iusiurandum delatum est, quod nemo scire possit melius, quam ipse: atque adeo quod alii non item scire possint: tum autem sit eiusmodi, in quo ad existimationem eius pertineat ea se suspicione iureiurando liberare. Non ergo recte ita dicitur in *C. ult. ext.* de iur. *nec liceat convento famosa actione referre iusiurandum*. Nam neque in actione rerum amotarum id non licet, quia famosa sit actio: & potest esse actio famosa, [16] ut non prohibeatur quis iusiurandum referre. Quid enim, si agam tecum iniuriarum, & deferam tibi, ut iures te mihi iniuriam non fecisse? an non liceat tibi contra referre, ut iurem mihi a te iniuriam esse factam, cum tam hoc scire possim, quam tu te non fecisse? Sed & is iusiurandum referre prohibetur, qui prius id detulerat, & relatum ab adversario iterum ei referre conatur. Est enim æquissimum, inquit Paulus, non displicere conditionem iurisiurandi ei, qui detulit: usque adeo, ut quamvis qui refert, non iuret de calumnia, nihilominus eum cui relatum est, placeat [17] iusiurandum relatum recusare non posse: hæc in *L. iusiurandum* &, *§. datur, hic*. Idem in *L. generaliter*, *§. sed iuramento in pr. C. eod.* Postremo & si convenerit, ut quis iuraret, referendi facultatem non habet. Recte enim Duarenus in commentario ad hunc titulum verba illa Pauli sic [18] accepit, ex *L. iusiurandum quod*, hic. *iusiurandum quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest*. Defertur ex conventione, quod defertur secundum conventionem, idest, ideo quia prius convenerat, ut is, cui nunc defertur, iuraret. Id propterea non potest referri, quia hic ut in cæteris caussis conventio servanda est, ut quæ adversario deferenti tantum prosit ad exceptionem, ne is relatum sibi iusiurandum cogatur subire. Certi iuris est, pacta nuda etsi actionem non pariunt, semper tamen parere exceptiones. *L. iuris*, *§. sed cum nulla*, *supr. de pact. L. in bonæ*, *C. eod.* Addidit Paulus, *extra iudicium*: non quod si lite contestata idem convenerit, non sit tuenda conventio, quæ ubique valet ad exceptionem; sed quia quandocunque id convenerit, idest, sive ante litem contestatam, sive lite iam contestata, semper tamen conventio extra iudicium interponi intelligitur: quia de iureiurando, idest, re ad iudicium non pertinente, certe de qua iudicium non est, interponatur.

Ex re ipsa & iureiurando nascitur huius recusandi caussa, si datum iusiurandum id non præstat iuranti, ad quod ex edicto institutum est. Priore parte edicti ita cautum est de iureiurando, ut appareat velle prætorem id iuranti prodesse. Sic enim edicit: ut iuranti reo exceptionem det, actori iuranti actionem: atque ab hac denuntiatione ad necessitatem iurisiurandi suscipiendi delabitur. Proinde sive iuranti iusiurandum nocebit, sive etiam tantum erit ei inutile, recte delatum recusabitur ex edicto: quia non fit ea conditio iurisiurandi, quam edictum esse velit ad imponendam iurandi necessitatem.

Noce-

16) Et quod in caussis famosis locus delationi, probat *L. 9. §. 2. h. t.* Et relationi itaque etiam, quoties discrimen inter eam non apparet. Neque enim generaliter cautum, ne in famosis delatum referatur. Sicuti nec probandum erit, quod Cuiac. *ad C. ult. extra h. tit.* veram rationem censet, quia actio quæ ex maleficio, nec pacto nec iureiurando tollatur, nisi quatenus L. nominatim permittit, ut in furti ac iniuriarum actione. *L. 17. §. 1. de pact.* Ita enim nec in delictis privatis deferri iusiurandum liceret, contra quam *supr. Cap. 9. N. 7.* Tametsi his occurrere nitatur Borch. *C. 6 n. 175. & seq.* spectari volens, in quibus delictis nominatim hoc permissum sit, &c. In specie quoque *L. ult. C. de fideicomm.* referri non posse, vult Sich. *ibid n.* 11. Contra Vaud. 2. *Q.* 17. & Borch. *d. C. 7. n.* 23. quia *d. L. ult.* Imp. non de relatione, sed recusatione loquitur.

17) Hoc amplius in foro Saxonico relato iureiurando a reo, non solum hic iusiurandum calumniæ non præstat, sed immo actor cui relatum est, præter principale, etiam malitiæ iuramentum præstare tenetur, Beust *ad Rubr. D. h. t. n.* 193 Zobel *P. 1. Diff.* 24. *n.* 2 Quæ consuetudo notoria omnium iudiciorum in Electoratu, teste Iac. Schult. *ad Modest. Pist. P. 3 Quæst.* 130. *n.* 29. Quam tamen, si ad libellam iuris exigatur, ratione certa defendi non posse, quin certiori non una refelli, facile assentior Iuriconsulto nostrati cuidam eximio in obss. manuscriptis: Plane non semper consonans per omnia referri iusiurandum quale defertur, &c, *L. 34 §. 8. h. t.* idest, quandoque non eadem formula ac conceptione præstandum est iusiurandum relatum, qua delatum est, veluti si Iudæus delatum a Christiano ipsi referat. Quo exemplo utitur Meno. *Arb. Cap.* 189. Caroc. *Q.* 11. *princ. n.* 3. ac Borch. *C. 7. n.* 5. Sed & Zobel. *P. 1. Diff.* 25. *ex* Signorolo relationem admitti censet, in tendentibus ad eandem caussam & eundem effectum, ut si delato iureiurando de 100. mutuo datis, referat reus de iisdem solutis. Et hinc opinor sumi posse commodum exemplum, ubi rerum diversitas varietatem inducit, iuxta *d. §.* 2 Licet sciam A. Fabrum 16. *Coni.* 12. *in fin.* Tribonianismi *d. §* 8 damnare. Cæterum si deferenti mihi de 100 mutuo datis, referre velim de totidem mihi vicissim ab eo ex alia diversa, nec connexa caussa debitis, unde compensatio fit: relatio non tenet. Zobel. *d. loc. in Prior Comm.* C. 5. & *in Poster.* C. 3. *f.* 860. & Coras. *ad L. admonendi* 33 *D hoc tit. P* 1. *n.* 41.

18) Quod & ex *L. 6. Cod. hoc tit* probari vult Donel. *ibid n.* 3 Sane Caroc. *Q.* 26. *principali dict. L.* 17. *pr.* accipit, quod acceptatum semel referri nequeat. add. P. Greg. *to Synt. 6. n.* 3 Verum vulgatior alia expositio, quod scilicet, in iureiurando voluntario extra iudicium suscepto, quod & conventionale vocant, relationi locus non sit. Ita Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 54. & 3. *seqq.* & ad *d. L.* 17. *n.* 1 tum quia, ait, ab initio voluntarium ex receptione partis necessarium, *L. 5. C. de O. & A.* tum quia a forma conventionis, quæ fuit de iurando, nec de referendo, recedere non licet. Borch. *C. 7. n.* 2. (cuius verba per *pagg.* duas transcripsit Setser. *Lib. 4. C. 6. n.* 1. *& seqq.* ita: Cum in extraiudiciali nulla iurandi aut solvendi necessitas sit, ideo nec referendi potestas. Recte. Hæc enim vis quæstionis, num relatum is qui detulit, præstare necesse habeat, sicuti iudiciale relatum. Hoc negat *d. L.* 17 *pr.* quia enim nulla sit necessitas in eo, cui defertur, neque statui debet in deferente. Quid enim si pertentandi caussa detulit, revocaturus vel in procinctu iurandi, &c.

Nocere potest Iuranti tribus modis; aut pietatem eius lædendo, aut gravando existimationem, aut rei familiari damnum inferendo. Ac quot sunt hi modi, tot sunt caussæ ad recusandum propter incommodum iurisiurandi.

Prima ergo ex his caussa est, si iusiurandum lædat pietatem, seu si is qui iurat, salva pietate & bona conscientia iurare non possit. Ut non possit, contingit 9 partim ex ignorantia iurantis, partim ex iurisiurandi conceptione & forma. † Ex ignorantia iurantis, si postuletur ab eo iusiurandum de ea re, quam verisimile sit illum ignorare; fieri enim potest, ut aliter se res habeat, ac putat eam habere: quod si habet, peierat. Etsi autem potest etiam fieri, ut vere iuret: tamen quia est incertum, semper anceps periurium suscipit, qui iurat de re incomperta: quod periculum subire nemo cogendus est, ne pietatem & religionem violet. *L. 4. infr. de iu lit. iur.* Quin etiam sola affirmatio de re quam nescias, ut nihil sequatur aliud, ipsa per se delictum habet: quia non ex certa conscientia & fide proficiscitur; ac iuxta dictum Apostoli, *quicquid non est ex fide, peccatum est*, ad Rom. 14. Hac de caussa nemo omnino de [19] facto alieno iurare cogitur: non pater de facto filii; non [20] hæres de facto defuncti; non procurator aut defensor de re & facto domini; non tutor de re pupilli aut patris eius. *L. Marcellus, §. iurare, infr. de act. rer. amo. L. iusiurandum & ad, §. procurator, hic. L. 4. infr. de iu lit. iur.* Scilicet, quia in re & facto alieno iusta ignorantia est: *L. qui in alterius, infr. de reg. iur.* Ac propter ignorantiam turpis & periculosa affirmatio. Adigitur quidem ad iusiurandum tutor in caussa pupillorum, cum ab his petuntur fideicommissa, quæ relicta erant a pupillorum tutoribus, ut est in *L. cum etiam, C. eod.* sed ut iuret fideicommissum testamento relictum non esse. In quo de facto ipsius agitur, non defuncti: iurat enim se vidisse & legisse testamentum, de quo quæritur (quod & factum est; unde & scivit se tutorem datum) se autem [21] cognovisse nihil in eo tale esse legatum, quale petitur; quod ut in re ipsi comperta, atque adeo ut in facto eius, liquido ab eo affirmatur. Hac ipsa de caussa placuit nec de re a se promissa cogi quemquam iurare, eam se dare non oportere, si dicat se putare eam interiisse, veruntamen nondum certum scire, utrum ita sit, necne: quia in re quæ abest, id iuste ignoretur. Unde & illud recte placuit interim reo aut in totum remittendum iusiurandum aut spatium ei dandum, ut certioretur, & sic iuret. *L. iusiurandum & ad, in pr. hic.* Eodem referri debet, quod placuit pupillo non deferri iusiurandum, idest, non deferri iure, seu non ita deferri, ut iurare [22] cogatur. *L. iusiurandum & ad, §. defensor, hic.* Non enim hoc placuit propter personam ipsam pupilli, quasi is iurare non possit: iurat enim recte pupillus; & si iuraverit deferente adversario, tam ratum est iusiurandum, quam si alius quivis iurasset. *L. qui iurasse, hic.* Sed ætatis ignorantia in caussa est, quæ tanta est in rebus omnibus, ut nec scire, nec discernere posse talis ætas putetur, non magis quam furiosus. *L. pupillus, infr. de acq. her.* Qua ratione & Paulus in *d. L. qui iurasse*, scribit pupillum non videri scientem fallere, eoque nec videri peierare. Ideo si hane ignorantiam pupillus caussatur ad recusandum iusiurandum, honesta excusatione utitur, & merito audiendus est. † Ex conce- 10
ptio-

[19]) Cuius probabilis ignorantia, *L. verius 21. de prob. L. 6. de administr. tut. L. ult. in fin. Pro suo. L. super C. qui mil. non poss.* Caroe *Q. principali* 12 declarans *n. 4.* ut hoc non obtineat in facto, quod quis scire ac perquirere tenetur, item *n. 6* in eo quod publice fit vel dicitur. Add. Duar. *in Prior. Com. h. t. C. 4. & in Poster. C. 3.* Diss. Fr. Herculan. *de Probanda negativa, n.* 106. volens hic non quidem iurare, ast referre cogi eum cui defertur. Sed male.

[20]) Etiam filius. Nam & hic factum patris defuncti ignorare censetur. Caroe. *Q. 12. principali n. 3.* Unde nec si defuncto antea delatum sit, ad iurandum admittitur. Vid. not. *supr. C. 5. N. 1.* Plane in facto alieno de credulitate, medio iuramento, respondere tenetur Caroe. *d. n. 3.* Sneidv. *in §. 11. Inst. de act. n.* 89. Quod utique iure hic procedit, quando is qui defert, eo contentus est. Iurandum enim ex conditione delata, *ut supr. C. 6.* neque hic, opinor, iusta recusandi caussa heredi, qui ita facile molestia litis defungi potest, neque ipsi periurii periculum subeundum. Et mallem sane auctores citati. *Cap. 5 N. 1.* exactius distinguerent ac secernerent ista, cum quæritur de iureiurando hoc decisorio ab herede præstando. An, nimirum defuncto delatum sit, & num eo casu renuente adversario admittatur heres, item num volente eo cogatur. An vero lite heredi demum mota, ei primum deferatur. Atque hic omnino dicendum, heredem super facto decessoris conventum, volente ita actore, iurare teneri, de eo sibi nihil compertum esse. Ita *gl. Lib. 3. iur. Sax Art. 11*, accipit Sneidv. *d. n. 89. & seq.* differre ostendens *Gewissen*, quod ad factum proprium, & *Wissenschaft und Wolbewust*, quod ad alienum referatur, de quo & Coler. *Decis. 116.* Paul. Matth. Wehn. *Obs. Pract. de V. S. V. Wissenschaft und Wolbewust.* Quid si iudex sciat liquido compertum esse heredi? Moller. ad *Nov Sax. 24. p. 1. n. 7.* Tunc iuramentum veritatis deferri posse, quia præsumptio ignorantiæ locum habet in dubio, non ubi scire constat. Attamen ibid. *n. 9.* in foro Sax. præsertim si istud heres recuset, non nisi de credulitate iurare compelli, ex *d. Nov. Dl.* 24

[21]) Ita & Donel. *ad d. L. 5.* Add. Sich. *ib. n. 3. &* Gilk. *n. 3.* qui tutorem ratione conscientiæ propriæ ibi iurare, si inficians aliqua præsumptione oneretur. Plane Duar. *h. t. C. 4.* putat, etsi Procurator iurare non cogatur, tutorem tamen cogi. Rationem differentiæ esse. Illic cogitur iurare Dominus, & ita satis deferenti consulitur. Hic pupillus non cogitur.

[22]) Sponte tamen ab eo præstitum prodest, ut *supr. C. 9. N. 8.*

ptione Iurisiurandi idem præcipue metus est, eoque & recte recusatur iusiurandum, si cui id deferatur ea conceptione, idest, his verbis in quæ iurare viro bono & Christiano non licet: veluti si quis velit *sibi* (*) *iurari per sanctum Antonium, aut per aliquam creaturam*, aut etiam per falsos deos, quo suscepto gravissime adversus honorem soli Deo debitum peccatur. Hinc illa dubitatio & controversia de qualitate iuramenti inter partes, cuius fit mentio in *L. iusiurandum & ad*, *§. si de qualitate, hic.* ubi placet, cum de ea qualitate dubitahitur inter litigantes, conceptionem iurisiurandi, idest, qualitatem secundum quam iuretur, esse arbitrii iudicantis: quo significatur, iudicis esse existimare & statuere, quomodo iurare oporteat. Quid autem hic sequatur pius & Christianus iudex, si quæritur, nihil melius præscribi potest, quam quod recte definitum esse iam ante diximus ex verbo Dei in *c. etsi Christus, extr. de iur.* ad hanc sententiam, ut ne iuretur, nisi controversiæ finiendæ caussa, quod si iurandum est, per Deum iuretur: illum testem, aut vindicem adhibendo, seu quid in te comprecando, non per ullam creaturam. Sumptum ex *Deut. c. 6. & ad Heb. c. 6.*

† Forma & cæremonia delati iurisiurandi, quæ nihil habet impietatis aut superstitionis, reiici posse non videtur. Itaque etsi ex delatione exigitur, iustam recusandi iurisiurandi caussam non præstat, Utpota, defert quis, ut iuret adversarius tactis 23 sacris scripturis: non potest adversarius recusare, quin hoc modo iuret. Nam & hic mos fuit iam olim receptus Imperatorum Christianorum constitutionibus: *L. generaliter, §. ult. C. eod. & nihil* (*) *habet superstitionis*, si adhibetur hac gratia, ut adversarius hac cæremonia

23) De propositis & tactis SS. scripturis textus crebri *L.* 20. *L.* 27. *C. de ep. aud. L. ult.* §. 5. *& seq. C. de Cur. fur. Nov.* 74. *C.* 5. *prin Nov* 112. *C.* 2. *pr. N.* 123. *C.* 7. *Nov.* 124. *C.* 1. *Nov.* 137. *C.* 2. *C. si quis presbyter. Ca.* 2. *Q.* 5. *C. hortamur. pen. Cap.* 3. *Q.* 9. Tactio hæc in iuramento Symboli loco, sicut in testamentis æs & libra, ut litigantes moneantur, se non tam iudici, quam Deo id præstare, nec tam in humano quam cœlesti iudicio versari, Obrech *de iuram cal. Cap.* 10. *n.* 17. Episcopi iurant propositus evangeliis, *d. N.* 123. *Cap* 7. *& N.* 137. *C.* 2. *d. Cap. ult. de iuram. cal.* Mystica ratione. Quia, ut sunt mores, illis sufficit iuxta se posita habere Evangelia, etsi nec legant nec attingant, ait Duar. *in priorib. Com. h. t. C.* 11. Sed Obrech. *C.* 10 *n.* 13. honoris ac reverentiæ caussa id eis tributum esse, ut non eo modo, quo alii iurent. Atque ita ex aurea bulla *Caroli IV. C.* 2 Electores Ecclesiastici manibus pectori admotis coram Evangelio. Seculares vero manibus illud tangentes sacramento de electione Cæsaris obstringuntur. Inferioris autem ordinis Clerici dextra Evangelii libro imposita, ea Panorm. Rulant. *de Com. P.* 1 *Lib.* 5. *C.* 10. *n.* 10. Piura de hoc sacrorum tactu & præsentia pete ex Covarr. *ad C. quamvis a de pact. in* 6. *P* 1. §. 1. *n.* 1. *&* 2 *& n.* 19. Thesaur. *dec* 47. & qui fuse. Io. Bapt. Afin *de Exsec.* §. 8. *C*, 21. *& seqq.* Veteres aras tangebant, ut not. *supr. Civil Comment. lib.* 21. *C.* 12. *N* 26. Milites super frameas iurabant, verbis solemnibus concepturi gladios cervicibus admovebant, Marcellin. *Lib.* 21. Rob. 2. *Rer. ind.* 11. In sacris dextra fœmori supposita iuratum legimus. Sic Abraham ab Eleazaro *Gen.* 24. *v.* 2. Iacob a Iosepho filio. *Gen.* 47. *v.* 29. iuncto *C.* 50. *v.* 5. iuramentum exegit. De quo ritu Iac. Ebert. *Tr. Ethico de iuram pag.* 24. Hodie usu plurium locorum Sacerdotes vel viso sacro codice vel manu ad pectus admota iurare notat Rulant. *d. C.* 10. *n.* 11. In secularibus vero vulgatissimus ritus, ut mares dextræ digitos duos, indicem & medium, reliquis contractis porrigant & elevent, fœminæ vero dextram pectori vel cordi aut mamillæ sinistræ applicent. Eosque una cum pollice denotare SS Trinitatem, reliquos duos depressos corpus & animam hominis quidam volunt, ea Cyriac. Spangenb. *ad* 1. *Corinth.* Christoph. Obenius *Tr. von Eydschwveren, inscripto Eydteuffel*, quod peierans dicere videatur. Si sciens fallo, SS. Trias a communione omnium Sanctorum me excludat corpore & anima. Sed hoc displicet Iac. Eberto *d. Tr Ethic. pag.* 84 quia, ait, ritus bonus auctores Trinitatem non agnoverunt, ac sermone forensi duorum tantum digitorum mentio, sicuti & periuris duo digiti ex Const. *Caroli V.* præciduntur Ipse putat a gentibus hunc ritum acceptum. Indicem autem elevari vel sacris imponi, ut iurans monstret, quod quem sermonis sui testem vocat, eundem vindicem velit, si fallat. Medium, ut mentis atque affectuum ostendatur integritas, quod media incedens via verum afferat Iungi autem utrumque ut significetur copulatio iurantis & consensus cum eo, per quem iurat Hodie apud nos & solemnitatem tactus sacri Codicis exolevisse, & adæquari conditionem Clericorum aliorum conditioni, ut eodem modo ac forma iurent, scribit Virg. Piugitz. *Q.* 33. *n.* 35. Græcis sanctissimum iusiurandum, quo se devovebant, si sacramentum violarent, priusquam fava, quæ in aquam iaciebant, sponte levata supernatarent, ut ea *Herodoto Lib.* 1. Sophoc. *in Antigone* Turben. 14. *Advers* 21. Scythæ per ventum & acinacem iurabant, quod ille vitæ, hic mortis auctor esset, Claud. Cottæ 1. *de Privil. milit.* 6. De variis apud varias gentes iurandi ritibus diversis consule Briss. *Lib.* 8. *de formulis*, Hott. *Disp. feud* C. 24. Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Rob. 1. *Rer. indic.* 11. Pet. Greg. 50. *Synt* 8. Cypræ. *de sponsal. C* 14. §. 25. *&* 2. *seqq.* Asin *de Exsecut* §. 8 *Cap.* 5. *tot.* & qui studiose plures collegit & congessit Iacob. Eber. *Tr. Ethico de iuramentis ut de formulis pag* 37. *& seqq.* Propter has vero famulas Hut. 1. *Amicab* 30. *sub* §. iusiurandum actum legitimum statuit contra Cuiac. 15. *Obs.* 16.

(*) In eo utique labitur errore Donellus, quod absolute & nullo habito rerum discrimine per creaturas, immo & per Sanctos iurare illicitum & superstitiosum esse velit. Quod aliter omnino esse docet Catholica Doctrina, & Scripturarum auctoritas, & SS. Patrum testimonia. Illa enim tantummodo iuramenta per creaturas improbantur in Sacris literis, quæ impio fiunt atque sacrilego idolatrarum more. Neutiquam vero, & nullibi prohibemur per Sanctos iurare aut creaturas, cum in illis Dei veritatem præsentiamque veneramur: qua utique ratione tantummodo licitum esse per creaturas etiam iurare docet Catholica & Orthodoxa religio. Vid adnotata *supr. Civil. Commentar. Lib.* 21. *Cap.* 13. indicata duplici **. & *h. t. supr. C.* 5. *notata cum* *. ibique laudatos.

(*) Palinodiam videri poterat hic canere Donellus eorum quæ scripsit *Civil. Commentar.* Lib. XXI. Cap. 13. adversus ritum iurandi *tactis Evangeliis*, si eo ordine quo in hac Editione collocatus est, superior ille locus descriptus a Donello fuisset. Sed revera prius tempore hæc scripsit, quæ cum Doctrina Catholica consentiunt, & sunt directe laudato illi loco contraria. Quare omnino inferri necesse est, aut Donellum fervore sui erroris abreptum semper in graviora prolapsum turpiter mentiri & sibi contradicere; aut illa quæ superius asterisco indicata & refutata fuere, forte manu Scipionis Gentilis fuisse interpolata. Quomodocunque sit, & illa opinionum inconstantia, & vera hæc talis iurisiurandi ritus explicatio in Catholicæ Doctrinæ eiusque inconcussæ veritatis laudem potius cedit, & firmamentum.

nis admonitus meminerit iudicii & iræ Dei, atque hoc metu tactus aut non iuret omnino, aut falsum ne iuret. Huc enim cæremonia refertur, ut indicat *L. rem non novam, cir. pr. C. de ind.* De eo quoque ritu si erit controversia, itidem iudex æstimabit.

12 Finitima superiori † caussa est, si is cui iusiurandum defertur, ex iureiurando in aliquod periculum existimationis incidat. Quod toties contingit, quoties quis agens reo iusiurandum defert de ea re, de qua alius quoque potest agere: sic enim periculum est, ne alius iste agendo reum periurii insimulet, ac forte etiam, quamvis falso probet eum falsum iuraste; quod sine infamia iurantis accidere non potest. In hoc metu iuste reus iusiurandum recusaverit. Cuius rei exemplum hoc est ex *L. alias, hic*. Procurator rem domini vindicat a possessore, & possessori defert, ut iuret rem suam esse, vel non esse domini: cumque dubitaretur de domini mandato, offert procurator satisdationem dominum rem ratam habiturum. Placet possessorem iurare non cogendum: quia dominus ita agere iterum possit, ut vincat rem suam esse, possessor autem non possit rem salvam habere ne adversus procuratorem quidem, nisi prius se victum doceat adversus iusiurandum suum, idest, nisi prius doceat de ea sententia, qua peierasse convincitur: atque ita, ut Ulpianus loquitur, nisi prius de periurio suo doceat: quam turpitudinem illum subire iniquum est. Ne peieret, inquies: sic nec periurii infamiam metuet. Quod si peierare instituit, non debet ei suum delictum prodesse ad iurisiurandi recusationem: cum potius expediat eum delicti sui metuere pœnam, ac delictum eius detegi. *L. si unus, §. pacta, supr. de pact. L. eum qui nocentem, infr. de iniur.* Sed potest vere iurare, ac nihilominus postea falso convinci, ac damnari iniuria, ut non minus sententia gravet eius pudorem & existimationem. Hoc periculum ex iureiurando iuste metuit, & audiendus est, si velit consulere pudori suo. *L. Quintus, 1. res. infr. mand.* Et ideo puto [24] Bartolo constare rationem, qui ad *d. L. alias, hic*, & superiore exemplo, & proxima ratione motus putavit, quoties duo sunt ad quos eadem res in commune pertinet, puta duo domini eiusdem rei, duo heredes testamento scripti, duo patroni eiusdem liberti, & unus agit adversus possessorem, ac possessori defert iusiurandum: generaliter probandum esse, non esse possessorem cogendum iurare. Potest enim alter existere qui sic agat, ut possessor ei condemnetur, ac propterea videatur possessor prius peierasse, dum aut instrumentum emptionis communis socius proferet, aut proferet testamentum, in quo superiores heredes ambo sint instituti. Et ut ea sententia iusiurandum prius non infirmet: nec ei, qui detulit, quidquam prosit, ut certe non prodest: *C. res int. al. ac. & ind. al. non no.* attamen aperte ad existimationem iurantis convellendam pertinet. Iure ergo propter hoc incommodum reus iusiurandum recusabit.

Tertia † caussa huius generis est, si iusiurandum in re familiari aliquid damni ignoranti adferat: quod ita fit, si quid ei adimat, quod habiturus esset, si non iurasset. Hinc est, quod placuit, quibus ex caussis non cogitur quis alicubi, aut de re aliqua iudicium accipere, ex his caussis nec eum iurare cogendum. Non cogebantur olim legati provinciales Romæ iudicium accipere de eo, quod ante legationem in provincia contraxissent. *L. 2. §. legatis, supr. de ind.* Placebat nec [25] eos Romæ eo nomine iurare compellendos. *L. tutor, §. ult. hic & L. sed etsi restituatur, §. ex quibus, supr. de ind.* Hodie creditor post tempus exceptioni non numeratæ pecuniæ præstitum agens non cogitur de non numerata pecunia querelam & iudicium pati. *L. in contractibus, in pr. C. de non num. pec.* Ubi nec debitor de pecunia non soluta post statutum tempus, intra quod creditor exceptione non numeratæ sibi pecuniæ uti potuit. *d. L. in contractibus, §. super.* Placuit iisdem casibus nec his [26] iusiurandum offerri licere, ut oblatum suscipere cogantur, 13

24) Et Carocio Q. 6. *Quaestionis* 13. *principalis* n. 18. deferenti iuste recusari, cum una persona habens ius dependens vel connexum cum alia vult deferre. Quare & ubi alias periculum, ne periurium detegatur, iusta recusatio. Veluti si postquam actor ad intentionem suam testes produxit, reo alios ad reprobandum producenti deferatur iuramentum. Vid Caroc. Q. *Principal.* 2. Tessaur. *Decis.* 93. Contra, post Cravettam Fachinæ. 1. *Contr.* 22. volens imo hic iurandum esse. Neque enim periurium detegi contrariis testium actoris depositionibus, cum reus reponere possit, se per testes suos refellere eorum dicta potuisse, ni litem iureiurando dirimi placuisset. Sed prior opinio humanior, ut ut enim hoc prætendat, non eximet animis hominum suspicionem periurii, quam ipsam modis omnibus vitare convenit.

25) Ergo nec Clerici coguntur iurare coram sæculari. Caroc. Q. *principali* 32. nec parens patronusve si famosa actione conveniatur, *L.* 16. *hoc tit.* Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 4. *&* *in Poster. C.* 3.

26) Ita Duar. *in Poster. Com. hoc tit.* Quia exceptio ei opponi nequit, ideo non cogitur iurare de eo, quod exceptione continetur. Sicuti qui agere nequit, nec ad iurandum cogere. Convenit Caroc. Q. 32. *principali*.

tur. *ead. L. in contractibus, §. illo*. Unde ergo hæc recusatio in his caussis? non utique, ut Bartolus scripsit ad *L. manifestæ*, aut illic ex natura loci, ubi agitur, aut hic ex natura exceptionis propositæ: cum ubique, & de omni re iusiurandum deferri possit, si nihil aliud impediat. *L. 3. §. 1. & deinceps, hic*, sed omnium una est ratio, & ea quam Paulus reddit in *d. L. sed et si restituatur, §. ex quibus*, de iud. *quia*, inquit, *iusiurandum in locum litis contestatæ succedit*. Hæc vero illa ipsa est recusandi iurisiurandi caussa, quam supra posuimus. Tantum enim valet ea ratio, ac si scriptum esset, quia qui ius habet iudicii non suscipiendi & litis non contestandæ sine iureiurando, id ius amittit, si iurare cœperit: quoniam iusiurandum iudicii & litis contestatæ vim habet. *L. qui iurasse, in fin. hic*. Qua ratione admonemur, non in his tantum caussis consistendum esse, sed quæcunque occurrent species eiusmodi, in quibus iusiurandum exactum ius iurantis minuat, omnes iustam recusationem habere, & ad hanc caussam debere referri: ne quis hic forte alienas caussas nobis ingerat, aut eam quæ una est, imperitia docendi in innumeras partiatur. Itaque etsi ei, qui de damno agit ex lege Aquilia, iusiurandum defertur, ut iuret sibi damnum ad certam summam datum esse: recte dicemus iure eum iurare recusaturum: quoniam actor si iudicio experiatur, consecuturus fuerit duplum adversus inficiantem: *L. inde Neratius, §. hæc actio, supr. de leg. Aq* qui si iuret, habiturus sit tantum simpli actionem. *L. eum qui, in pr. hic*. Hoc & Bartolus recte probavit ad *L. manifestæ*; sed male hanc speciem seiunxit a prioribus, quæ omnes una ratione damni ex
14 iureiurando imminentis coniunguntur. † Illud plane [27] ineptum est, quod huiusmodi speciem ad hanc caussam retulit, Nam si cum emptore de proprietate rei venditæ agatur, & iusiurandum ei deferatur ab actore: ait emptorem ideo iurare non cogendum, quia iurando actionem de evictione non haberet, quam habere potuisset, si iudicio egisset. Tantum abest, ut hic quidquam amittat emptor propter iusiurandum, ut maxime acquirat, quod prius non habuit: consequitur enim iurando, ne res sibi ab actore unquam auferatur, vel propter iurisiurandi exceptionem, quam extra iudicium iurando acquirit, vel propter sententiam, qua in iudicio iurando absolvitur. *L. in duobus, §. ult. L. iusiurandum & ad, §. ult. hic*. quorum neutrum emptor ante iusiurandum haberet. Non habet ille, postquam iuravit, actionem de evictione: sed ideo non habet, non quia amittat, sed quia nunquam prius habuerit, ac ne nunc quidem fit ei necessaria, cum res ei evicta non sit. Ne iudicio quidem expertus actionem haberet de evictione, si iudicio absolutus esset; quia res ei non evinceretur, sed penes eum maneret. Quare & eadem iurantis caussa est, postquam qui iurat, similiter absolvitur. At enim haberet actionem de evictione is, qui iudicio de proprietate victus esset. Non attendit Bartolus nihil hoc ad emptorem iurantem pertinere. Qui enim iurat, is post iusiurandum non vincitur, sed vincit, & rem possessam retinet: quam ob caussam actionem de evictione tanquam re ablata non desiderat. In summa emptor de proprietate rei iurando nihil amittit, sed acquirit. Proinde absurdum est dici, quia ius eius minuatur iurando, ideo iusiurandum de proprietate rei venditæ illi delatum ab eo recusari posse. Quid ergo emptor de proprietate rei a se emptæ iurare cogendus est? siquidem de facto eius agitur, cogendus est: sin de facto & iure venditoris, non est cogendus: non tamen quia iusiurandum illi obsit; sed quia de re ignota salva religione iurare non potest, ut ante dixi. Atque hæc ex eo, quod iusiurandum iuranti noceat.

Non solum autem si iusiurandum ei cui defertur, nocebit, ex conditione rei delatæ recusari potest; sed etiam si tantum erit ei inutile, ut dicat se frustra iuraturum: postquam ex edicto frustra iurare non debet. † Ut licitum iusiurandum ab 15
adversario delatum suscipienti & statim iuranti inutile sit, accidit partim ex persona deferentis, partim ex antecedente idonea probatione. Ex persona deferentis: cum is qui defert, rei decidendæ & remittendæ ius non habuit: quo eodem deferente iusiurandum ratum non habetur, ut inde in dominum nec iuranti reo exceptio acquiratur, nec actori iuranti actio: quo in numero qui sint, supra exposuimus suo loco. Proinde si qui erunt ex hoc genere, nemo his deferentibus iurare cogitur, nec iusiurandum referre. Exemplo sunt inter dominos prodigus, inter extraneos procurator, qui de mandato nihil probat, de quibus inter superiores personas

27) Quomodo & post Aretin. & Iason. in §. 12. Inst. de actionib. Caroc. Quæst. 32. principali. Quod recte noster perfelist.

nas exempli caussa sub hoc titulo legimus. *Prodigus*, inquit Paulus, *si deferat iusiurandum, audiendus non est*. L. tutor. §. 1. *hic:* Idest, deferenti non est concedendum, quod petit. Quid autem petit, cum iusiurandum defert? ut adversarius iuret, aut referat iusiurandum, aut pro convicto habeatur, iuxta *L. manifestæ, hic*. Cum ergo ita definitur, non esse eum in hac re audiendum, nimirum hoc dicitur, frustra hoc eum petere, eoque adversarium iurare non cogendum. De actoris procuratore, cui de iureiurando deferendo mandatum nihil constat, idem traditur in *L. alias, hic*. Nisi quod circa hunc hæc dubitatio incidit, an non hic saltem ita sit audiendus, si paratus sit cavere dominum ratum habiturum, quasi hac cautione satis prospiciatur reo, ne illi iusiurandum quandoque fiat irritum. Et differitur in *d. L. alias*, ne sic quidem procuratorem deferentem audiendum: quia etiam hac cautione interposita non effugiat reus, quin illi iusiurandum sit inutile adversus dominum pariter & procuratorem ipsum, qui cavet. Nam si dominus petat, & reus de intentione confessus opposita exceptione iurisiurandi se tueatur, nihil ei proderit exceptio, nisi doceat se liquido iurasse, idest, vere, ut recte [18] Duarenus interpretatur *Lib. 1. Disput. C. 2.* in quo inest, ut doceat se liberatum esse. Atqui hoc modo iusiurandum illi nihil prodest. Nam & sine iureiurando dominum removeret, si doceret se nihil debere. Quod si a domino victus agat ex stipulatu adversus procuratorem: licet quidem, sed ita, ut hic iusiurandum sit ei non tam inutile, quam damnosum. Nam ut agat utiliter, prius oportet eum probare se domino agente damnatum esse adversus iusiurandum. Quod nihil aliud est, quam probare se ideo esse condemnatum, quia prius falso iurasset se non debere. Ita in summa ut utiliter *agat de rato, prius necesse habebit de periurio suo docere*, inquit Ulpianus. Hoc vero cum eius existimationem aperte lædat, non tam hic, ut dixi, videri debet inutile, quam damnosum iusiurandum. Ex quo recte colligit procuratore isto iusiurandum deferente non esse cogendum reum iurare, ne si procurator quidem cautionem de rato offerat. Summa autem recusationis huc redit, quia iusiurandum reo nihil prosit. Ut vero sciamus, quod de his dictum est, exempli caussa dictum esse: idem & in cæteris similibus dicendum esse traditur in *d. L. tutor*, §. 1. *hic*. Sed cum in his accidat ex persona deferentis, ne iusiurandum reo prosit, quia rei administrandæ ius non habeat, ut sub persona pupilli scribitur in *L. iusiurandum quod*, 17. §. 1. *hic*. Cum etiam dicat Paulus in *d. L. tutor*, §. 1. ideo hos iusiurandum deferentes non esse audiendos, quia ad id habiles non sint, quæ omnia ex eorum persona sumuntur: cur non dicimus recusationem iurisiurandi, quæ ex hac caussa tribuitur, nasci ex persona deferentis, ac non ex iurisiurandi conditione, ut proposuimus? quia nihil prodesset ad recusationem, quod qui deferunt, tales sint, si nihilominus iuranti servaretur iusiurandum: sic enim nihil eius interesset, & satisfieret edicto, quod vult iusiurandum iuranti servari. Ideo a persona deferentis progredimur ad utilitatem iuraturi, & quærimus quale in eo iusiurandum futurum esset, si iuraret: reperimusque ei futurum inutile. Hæc vero propria caussa est, quæ illi recusationem tribuit. Non esset iuranti iusiurandum inutile, nisi deferentis persona talis esset, qualem diximus; non ideo tamen persona hanc recusationem præstat, sed iurisiurandi inutilitas, in quo conditio iurisiurandi spectatur, non persona cuiusquam. Persona deferentis huius inutilitatis prima caussa est, eoque & recusationis caussa remota; ipsa inutilitas huius recusationis caussa proxima & coniuncta. Ideo hanc spectamus, & recusationem illi attribuimus. Sic mutui, depositi, commodati prima caussa est voluntas contrahentium & consensus, qui facit, ut rem intervenire velint, quæ tradatur. Proxima caussa, quod res traditur: atque hinc re contrahi dicuntur, non consensu, etsi non est res sine consensu.

Constituitur præterea iusiurandum inutile † ex antecedente probatione, si ei, 16
qui idoneis instrumentis aut testibus rem probavit, nunc demum post impletam ab eo probationem iusiurandum deferatur. Quid enim prodest ei iusiurandum ad vincendum, qui & sine iureiurando vincere

18) Et in *Poster. Comm. b. t. Cap. 4. fol.* 864. *col.* 1. Opponitur itaque *liquido* peierationi. Quod pluribus locis aliorum auctorum confirmat Duar. nec aliud sententiæ *dict. L.* 18 convenit, agnoscente Covar. *in Cap. quamvis 2. de pact. in 6. P.* 1. §. 5. *n.* 4. & 5. Borch. *de Iurejur. C.* 1. *n.* 21. Plane Cuiac. 5. *Obs.* 33. exponit *liquide*, idest, *σαφῶς*, perspicue, aperte, quomodo & cum Accurs. Rob. 3. *Sent.* Verum haud opposite ad mentem Icti. Tametsi utramque interpretationem recte coniungi sentiat Vult. *Discept. C.* 7. ubi fuse *d. L.* 18. exponit *pag.* 74. & *seqq.* Quid si a minore delatum, ubi restitutio in integrum, ut *supr.* C. 4. *N.* 11. an iuste recusatur iusiurandum ob eiusdem periculum, ne detegatur periurium. Ita videtur, tametsi contra velit Caroc. *Q.* 7. *Quæstionis* 13. *principalis n.* 9. quia inspici debeat, quod communi, non quod speciali iure evenire potest, *L.* 4. §. 1. *de fideicom. lib.*

potuerit? Quinimo honestius est, & ad existimationem aptius, rem decidi ex his, quæ iam probata sunt, quam ex iureiurando, ut etiam in hoc iureiurando videri possit omitti commodum aliquod existimationis. Qui enim ex probatione vincit, præter victoriam hoc etiam consequitur, ut existimetur vir honus, qui nihil petierit calumniose, cuius rei fides in idonea probatione constiterit: cum si re probata iuraverit, non idem obtineat. Ut enim vere iuraverit: existimari tamen potest falso eum iurasse, & iudicem fidem iurisiurandi potius, quam aliam probationem secutum secundum eum iudicasse. Non iniuria igitur, sed ratione æquitatis plena, & edicti sententiæ, atque his quæ diximus congruenti cautum est in [29] *C. 2. ex. de prob.* cum quis intentionem suam probavit instrumentis aut testibus, si iusiurandum ei deferatur, licere ei recusare, ut nihilominus fides probationi eius habeatur. Scilicet quia est ei iusiurandum non tantum inutile, sed etiam cum aliquo incommodo existimationis coniunctum. Itaque recte etiam illic dictum est ad iusiurandum tunc esse recurrendum, cum aliæ probationes legitimæ iurandi desunt. Cuius rei ratio ex fine quoque iurisiurandi recte sumitur. Adhibetur enim iusiurandum litis decidendæ caussa, non iam decisæ. *L. 1. hic.* Probatione autem impleta dubitatio tollitur, ac lis pro decisa habetur. *L. negantes, C. de obl. & act.* Quare vel hoc etiam nomine iusiurandum ab eo qui probavit recusari potest, quod tunc iurans finem iuriiurando propositum non consequitur, idest, hac quoque ratione iusiurandum est ei inutile: ut merito ad hunc locum debeat recusatio referri.

Et sunt hæ quidem recusandi iurisiuran-
17 di † caussæ iustæ omnes, si quidem audimus alios locos, in quibus de his caussis scriptum est. Sed verendum est, ne edictum, & *L. manifestæ, hic*, aperte refragentur: qua ex re incidit hic numerus in difficultatem, vel potius istorum locorum inter se dissensio. Nam de edicto testatur Ulpianus in *L. iusiurandum & ad pecunias, §. ait, & seq. hic*, id ita scriptum esse, ut eum a quo iusiurandum petetur, edicat prætor se solvere, aut iurare, aut iusiurandum referre coacturum: quod ipse planius sic interpretatur, ut ei a quo iusiurandum petetur, priusquam solvat, detur facultas, ut aut iuret, aut referat iusiurandum. Si neutrum faciat, solvere cogendus sit a prætore. Qui priora duo tantum excipit, aperte hoc dicit, eum qui neque iurat, neque refert iusiurandum, cogi solvere sine alia exceptione. Eadem sententia comprehensa est in *L. delata, C. eod.* Sed in primis confirmatur id definitione Pauli, quæ est in *L.* manifestæ, hic. *Manifestæ*, inquit, *turpitudinis est & confessionis nolle nec iurare nec iusiurandum referre*. Id habet hanc significationem, eum qui neque iurare vult, neque referre iusiurandum, haberi pro iudicato, eoque & solvere cogendum, ut in iure confessis accidit *L. 1. infr. de confes. L. unica, C. eod.* Quod si ita est, tolluntur caussæ aliæ omnes iurisiurandi recusandi: præsertim posteriores quatuor, quas ex conditione seu inutilitate iurisiurandi nasci diximus. Nam aliis caussis admissis, licet ex his iusiurandum recusare impune, ut quamvis quis qui eas habeat, neque iuret, neque iusiurandum referat, solvere tamen non cogatur. Sed de superioribus caussis dubitari non potest, quia veterum sententiis pro iustis probatæ & summa ratione admissæ sint, ut sunt ea, quæ de his supra ostendimus.

Quod

29) Ubi & consuetudo contraria reprobatur. Unde & Statutum tale non valere arguunt Caroc. *Q. principali* 32. Sich. *ad L. 3. Cod. hoc tit. n. 3. & n. 11.* post alios Mynf. *ad dict. cap. 2. n. 3.* Ubi enim plena probatio, suppletioni locus non est. Idem si præsumptione iuris & de iure nitatur, Caroc. *d. Q.* 32. *in fin.* Vid. Menoch. *Lib. 1. Presumpt. Q.* 62. Quid vero si cum defertur, nondum implevit, dicit autem se impleturum, num audiendus, & nunquid suscepto onere probandi iusiurandum declinare, & ut vulgo conscientiam suam exonerare liect? Negat Lanc. Conrad. *de Offic. Prat. in causs. civil. V. Iuramentum n.* 8. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C. 6. & in Poster.* C. 3. (cuius verba transcripsit Setser. *Lib. 4. de Iuram. C. 3. n. 12. ac seq.*) Ut ut enim speciosa fit recusationis prætensio, caussa tamen deferentis potior, coniuncta cum publica utilitate, ut lites celerrime finiantur Et quia hic casus edicto non exceptus, nec de illo iure quid definitum, ex eo quod æquius iudicandum. Deferentis autem hæc ratio, ut quam citissime defungatur molestia ac vexatione litis. Contra Bart. *in L. 14. §. 3. Cod. de non num. pen.* Sneidv. *in §. 11. Inst. de actionib. n.* 92. Fr. Herculan. *de Probanda negativa. n.* 204. *t.* Fab. 19. *Err. Prag.* 8. (1) Quia modestia & religione magis quam conscientia ductus, recusare credendus, Arg. *L. 8. de cond. inst. L. 25. §. 1. de const. pec.* (2) Quia cum relatio ipsa iurisiurandi delatio sit, æquum est, ut sicuti invitus non defert, sed suam intentionem aliter ei probare licet, ita nec referre quia cogatur, sive ante delationem probationes fecerit, sive post eam facturus. (3) Per text. 1. *Feud. 4. pr.* Et ita Senatum Sabaudiæ pronunciare testatur, *ibid. & C. suo h. t. Defin.* 3. (ubi tamen, sui immemor, id rationi iuris repugnare contendit, ob præcisa edicti verba: *iurare aut solvere cogam*) Quod & menti *d. cap.* 2. conveniens puto per verba: *cum aliæ probationes deesse noscantur*. Itaque servatur in foro Sax. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 61. Quod etiam cautum *Nov. Elect. Sax. 12. & 14. pr.* ut reus delato iureiurando ad id vitandum probationibus uti, & hoc amplius its defectus ad iuramentum recurrere possit, ubi terminus iurandi interea non præterlabitur, sed suspensus manet. Iac. Schult. *Obs. Forensi* 52 *n. 12. & seq* Actori autem si idem referatur id omnimodo præstandum, nec auditur aliis probationibus usurus, etsi quoad posterius hoc olim contra visum, ref. Moll *in d. N 14. n* 17. Et ratio, quia in eius potestate fuit non deferre, & semel elegit viam iuramenti. Quæ ratio non est in eo cui defertur. Vid. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 76. *ac seq.*

Quod cum certum sit non fecisse illos, ut edictum impugnarent, quod interpretabantur, & cuius mutandi potestatem nullam habuerunt, utpote ipsi interpretes iuris, non legislatores: licet hinc alterum intelligere, aut fuisse aliquid in verbis edicti, quo de his caussis significaretur: aut si verbis præcise edicit prætor, se reum solvere, aut iurare coacturum, nisi referat (quod est verius, & ita esse locus Ulpiani, & Pauli definitio superior abunde confirmant) fuisse edictum acceptum a veteribus cum hac exceptione, nisi si recusanti iusta aliqua & idonea caussa esset iurisiurandi omnino recusandi. Quomodo etiam accipiendum esse edictum, & illam definitionem Pauli omnes non inepti interpretes consentiunt ad *d. L. manifestæ*. Est ergo hæc sententia edicti; eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iurare, aut iusiurandum referre cogam; extra quam si erit iusta aliqua caussa, cur neque iurare, neque iusiurandum referre cogi debeat. Eodemque modo definitio superior temperanda est, ut intelligamus manifestæ turpitudinis & confessionis esse, nolle nec iurare, nec referre iusiurandum; ubi scilicet ab eo, cui defertur, nihil aliud afferatur, quam quod dicat se iurare aut referre nolle; cæterum ex caussa honestam esse & iustam recusationem. Et hanc exceptionem proclivius multo est in hac definitione admittere. Neque enim dici potest turpiter recusare, qui iustam caussam allegat; aut confiteri is, qui exceptione & defensione aliqua utitur. *L. non utique, infr. de except.* Sed in edicto quomodo exceptionem hanc recipimus, cum verba præcisam solvendi necessitatem contineant, nisi quis iuret, aut referat iusiurandum? Fit hoc partim ex perpetua & communi regula æquitatis, qua in legibus & edictis utimur, qua eadem legis verba quamvis generalia temperantur, partim propria quadam ratione & sententia huius edicti. In omni edicto, in quo prætor edicit se aliquem solvere, aut quid facere coacturum, inesse putatur hæc ipsa exceptio; nisi iusta aliqua caussa reum defendat, ne cogatur: idque etiam tunc, cum maxime præcisa sunt edicti verba. Ut, in edicto de re iudicata ita cavet prætor districte: ut condemnatus pecuniam solvat, *L. 4. §. 1. infr. de re iud.* Hoc tamen ibidem sic acceptum est: nisi magna & idonea caussa admittat pro solutione expromissorem. In edicto de arbitris edicit prætor se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, idque districte, ut est in *L. licet, supr. de recep. & qui ar. rec.* At hoc ibidem sic accipitur: nisi arbiter iustam aliquam caussam alleget, cur cogi non debeat: scilicet quia ita fieri, & rationem eius haberi æquum est. Et cur in edictis & legibus quas præcipue æquas esse convenit, imo quæ æquitatis regulam continent, non exaudiatur hæc exceptio: cum in conventionibus etiam placeat eam adhiberi adversus districta verba conventionis? Ut puta, convenit inter locatorem & colonum, ne locator eiiceret colonum ex fundo, & si eiiceret, præstaret pœnam. Conventio hæc quamvis simplex sic excepta est; nisi locatori iusta aliqua caussa esset colonum eiiciendi. *L. quæro; §. inter. infr. loc.* Unde ergo hæc exceptio & in edictis ac legibus, & in hominum conventionibus? Ex regula, ut dixi, æquitatis communi, quæ in omnibus adhibenda est, & secundum quam omnes locutos esse verisimile est, etsi verbis minus exprimant. Idque est, quod regula iuris ita traditur: in omnibus quidem, maxime tamen in iure, idest, in iuris interpretatione æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem, infr. de reg. iur.* Non dubium igitur, quin & in hoc edicto ex eadem regula hæc eadem exceptio, atque una nominatim superiores caussæ quatuor proximæ admitti debuerint. Sed propria quædam ratio in hoc edicto id fieri suadet. Nam & iis de rebus, & eo ordine partium conceptum est, ut non difficile sit intelligere hanc ipsam fuisse sententiam prætoris. Primum cavet se eum cui iusiurandum delatum est, coacturum non dare, sed facere aliquid, nempe iurare. Ipsum iurandi & faciendi verbum nos admonet hoc sentire prætorem, ut non aliter velit quemquam cogere iurare, nisi & is possit iurare: neque enim a muto exigeret, ut loqueretur; aut a furioso, ut intelligeret. Denique scimus impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* At non existimatur quis iurare posse, qui honeste & salva pietate non potest. *L. filius, infr. de cond. inst.* Ita qui in ea caussa sunt, satis hac ipsa re ex sententia edicti excipiuntur. Iam vero de vi iurisiurandi ita cavet prætor, ut aperte id velit iuranti prodesse: cum ex eo & actori actionem & reo exceptionem polliceatur. Repugnat huic consilio prætoris cogi quemquam iurare, ubi iusiurandum ei nihil prosit, multoque magis, si noceat. Atque horum alterutrum in suprascriptis caussis posterioribus quatuor cernitur. Unde & ex sententia ipsa edicti eas omnes caussas esse appa-

apparet. Sed ex ordine & collocatione partium edicti hæc sententia evidentius perspicitur. Prius enim de vi iurisiurandi edixit, posterius de necessitate iurandi. Quorsum ita? ut intelligeremus, quod iam ante aliquoties monui, eum non nisi vi & utilitate iurisiurandi iuraturo bene constituta, ad necessitatem eius suscipiendi
18 pervenire. † Atque hoc esse non improbabiliter dici potest, quod Ulpianus scribit in *L. Marcellus*, *§. iurare*, *infr. de act. rer. am.* neminem de alieno facto iurare cogendum, & subiicit in *L. ideo*, ibid. *ita edictum ordinatum videri*. Edictum dicit non illud de rebus amotis, quia ad eam speciem nihil pertinet proprie de iureiurando cavere: sed edictum hoc, quod est a prætore de iureiurando propositum. Ut autem de facto alieno nemo cogatur iurare, ad hoc non constitutum edictum dicit, sed *ordinatum*; nec ordinatum esse, sed *videri*, ut intelligamus nihil hic de eo verbis edicti aperte comprehensum esse, sed tantum sententia edicti videri constitutum: videri autem ideo, quia ita sit ordinatum, idest, eo ordine scriptum edictum, ut ordo ipse sine verbis facile id ostendat. Sic enim, ut dixi, scriptum est: ut prius velit prætor iusiurandum prodesse iuranti, proposita ei in hanc rem exceptione, & actione: sic deinde hoc constituto necessitatem iurandi illi imponat. Dicet quis, in re & sententia edicti dubia hæc omnia defendi posse: nunc vero sententiam prætoris manifestam esse hanc, ut alias recusandi iurisiurandi caussas omnes velit esse exclusas. Edicit enim se eum a quo iusiurandum petetur, iurare coacturum, & hoc solum excipit, nisi referat iusiurandum. Qui ex definitione rem unam tantum excipit, non potest non videri in aliis rebus non exceptis definitionem confirmasse. *L. quæsitum*, *§. idem respondit domo instructa*, *infr. de inst. vel inst. leg.* Sed & his verbis recusandi facultatem dat iusiurandum referenti, nec aliam caussam exprimit. Qui quid concedit alieni certis in caussis nominatim expressis, hoc ipso cæteris in caussis denegare intelligitur. *L. maritus*, *C. de proc.* Et recte hoc diceretur omnino, si potestas referendi iurisiurandi proponeretur edicto exceptionis loco. Nunc autem edicto proponitur, non ut caussa aliqua recusandi hic excipiatur; sed potius ut hæc ipsa potestas constituatur, & tribuatur ei a quo iusiurandum petitur, qui eam iure suo non haberet, nisi esset hoc edicto constituta. Ex quo non illud efficitur, ut is cui iusiurandum defertur, alias caussas recusandi iurisiurandi non habeat; sed ut non habeat ex hoc edicto. Et ita est: cæteras habet aliunde iure suo, quia æquum est, eæque hoc edicto non impediuntur, sed sententia eius adiuvantur & confirmantur; hoc autem ut possit iusiurandum referre, habet ex beneficio huius edicti, alioqui non habiturus.

Manebit igitur, [30] non solum iustas esse aliquas caussas recusandi iurisiurandi, sed etiam tot esse, quot supra diximus, non modo non repugnante, sed etiam maxime adstipulante & postulante edicto. Neque vero plures generibus ipsis occurrunt. † Nam quod Bartolus ad *L. ma-* 19
nifestæ, *hic*, non procul ab initio ait, ex persona deferentis iustam esse recusationem, si is qui iusiurandum detulit, sit turpis & peierare solitus, verum non est. Etsi enim is, [31] cui defertur, non potest tuto iusiurandum illi referre, cuius ob periuria fides & religio suspecta est: tamen potest alterum facere sine periculo, iurare videlicet. Quod si eum rem non ignorabit, & poterit iurare honeste, ac sine incommodo, iurare nolit, de se queri debet. Datur quidem reo hæc facultas, ut si malit, referat iusiurandum. *L. iusiurandum & ad*, *§. datur*, *hic*. Sed si nolit, aut non putet sibi expedire id referre: ex duabus rebus, quarum electionem edictum illi dat, relinquitur altera, quam præstare debeat, nimirum ut iuret. Ex persona autem eius, cui iusiurandum defertur, fuit aliquando apud Romanos iusta caussa huius recusandi sacerdotibus eorum & vestalibus, si verum est, quod Gellius refert *Lib. 10. C. 15.* fuisse hanc clausulam huius edicti inter cæteras: *Sacerdotem*, *Vestalem*, *& Flaminem Dialem in omni iurisdi-*

30) Duar. tamen in *Com. h. t. C. 14.* difficile esse hoc definire, cum hoc omne in æquitate positum sit Plane & ubi ex forma statuti res gesta per instrumentum probari debet, iuramentum licite recusari volunt, Caroc. Q. 32. *principali*. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n. 62.* Contra iudicatum testatur Tessaur. *Decis. 256.*

31) Consentit Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap. 2. & Poster. C 3.* Quia etsi quidam timidi ac superstitiosi malint iniuriam pati, quam iurare, publica tamen utilitas suadet, ne hominum superstitionis, quæ & rara est, ratio habeatur. Non obstat *L. 8. de cond. inst.* Ibi enim merito ratio habetur superstitionis, quia iurare nullius interest, modo voluntati testatoris pareatur. Dissentit Borch. *C. ult. n. 19.* (cuius verba usurpat transcriptor Setser. *Lib. 4. C. 8. n. 12.*) Beust. *ad Rubr. D. h. t. n. 99.* Et iudicatum refert Ant Fab. *C. suo h. tit. Defin. 17.* quod infamis deferre non possit, cum ei tuto non referatur. Confer. Idem 19. *Err. Prag. 8. sub fin.* & Fenestella *Lib. de Sacerdotib. C. 6.* Idem a Caligula constitutum refert Dio. *Lib. 59.* Seneca tamen *6. Contr. 8.* Sacerdos (vestalis) raro iuret, nec unquam nisi per suam Vestam Plutarch. *Probl. Rom. Cap. 44.* iusiurandum tormentum liberorum vocat, & ideo Flamini Diali non licere iurare.

risdictione mea iurare non cogam. Sed impiis sacris, eorumque sacerdotibus sublatis, etiam hæc pars exolevit. Ideo non exstar in libris nostris, extra quos nihil
20 pro iure haberi Iustinianus voluit. † Neque vero 32 quod pagani sacerdotibus suis in hac re tribuerunt, id ad episcopos & ministros verbi Dei recte transferas: non quod ii qui recte præsunt, non omni honore digni sint: sed quia nihil fit adversus hunc honorem, si hi subiieiantur bonis & honestis legibus: quorum præcipue officium est his parere & in eo prælucere exemplo cæteris, ut verbo Dei præcipitur. 13. *ad Rom.* Nec recte caussabuntur se religione teneri, ne iurent; neque enim verbo Dei iurare quisquam prohibetur, ubi est opus. Quid, si etiam iubentur iurare, cum eis defertur? Nam verbo Dei cum omnes in universum, tum maxime qui Ecclesiæ præsunt, iubentur paci studere, quantum licet, eamque quærere & prosequi. ad *Rom.* 12. *ad Heb.* 12. 1. *Pet.* 3. Proinde & studere litibus & controversiis, si quæ inciderint, finiendis. Eodem autem verbo Dei omnium litium finis inter homines statuitur & probatur iusiurandum, *ad Heb.* 6. Tot ergo, ut dixi, iustæ sunt iurisiurandi recusandi caussæ, quot sunt expositæ, neque plures, quæ quidem occurrant. Sed ut ex his iusiurandum recusari posse dicimus; ita hoc ipso confirmatur extra has caussas id recusari non posse. Quod enim dicitur recusari posse iusiurandum certis de caussis, tantundem valet, ac si diceretur prohiberi nos his de caussis cuiquam invito iusiurandum deferre. Quod si his verbis prohibitum esset, statim colligeremus extra has deferendi ius esse; collectio iuris auctoribus usitata, ut in *L. ex eo, infr. de testib. L. qui testamento*, §. *mulier, infr. qui test. fac. poss.* Et certe valde stultum esset dicere iusiurandum recusari ex his aut illis caussis, si simpliciter, & sine ulla caussa potuit. Sed & illud constat rebus aliquibus certis ex definitione exceptis, hoc ipso in reliquis regulam confirmari, ut paulo ante dixi. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa, infr. de inst. inst. leg.* Ita superiorum caussarum enumeratione vel maxime extra has caussas statuitur ea necessitas iurandi, quam supra posuimus.

Sed quod † hanc minui superioribus 21 diximus: de eo iureiurando dictum est, quod in lite a parte parti defertur auctoritate iudicis, ut erat propositum. Longe maior necessitas suscipiendi eius iurisiurandi, quo in dubiis caussis per iudicem res deciditur. Etsi enim hoc convenit cum superiore, quod & posterius hoc ex caussa recusari potest, ut scriptum est in *C. ult. extr. de iur.* tamen hoc longe dissidet, quod illic tot sunt recusandi caussæ, quam multas esse superius diximus; hic autem aut una est ex his tantum, aut certe una, & item altera, propter quas videatur id quod a iudice defertur, recusari posse, & eæ quidem, quæ raro incidant: certe quæ ex arbitrio eius, cui defertur, omnino non pendeant. Quæ res facit, ut prope sine exceptione videatur necesse esse id suscipi: unde præcipue & necessarii nomen obtinet: de qua appellatione postea. Sit igitur in conditione huius iurisiurandi, ut possit & hac ex caussa recusari. Sed sciamus eius recusandi caussas esse posse has, si aut defeiatur alicui de re 33 ei ignota, aut iudex profanus deferat iusiurandum illicitum: ut sic non liceat ei, cui defertur, integra conscientia & salva pietate iurare. Semper enim illud tenendum est, in iureiurando neminem cogendum ita iurare, ut lædat pietatem, aut conscientiam. *L.* 4. *infr. de in lit. iur.* Cæteræ autem caussæ, quæ suprascriptæ sunt, in hoc iusiurandum non cadunt. Nam primum quod ad illas duas attinet, quæ nascuntur ex eius, cui iusiurandum defertur, voluntate: hæ penitus ab hoc iureiurando remotæ sunt: postulationem dico 34 iurisiurandi de calumnia, & delati iurisiurandi rela-

32) Diss. Cuiac. *in Novell.* 49. *in fin.* Obrech. *de Iuram. calum. C.* 5. *n.* 14. *per L.* 25. §. 1. *in fin. Cod. de Episc. & Cler. Cap.* 1. *extr. de iurament. calum.* vid. *Not. supr. Cap.* 3. *N.* 12. Sed recte noster. Passim enim iurisiurandi Episcoporum & Clericorum mentio. Quibus tributum, tum ut propositis SS. Evang. iurent, ut *supr. N.* 21. tum ut domi iurent, ut *C. seq. N.* 12. Vid. Virgil. Pingitz. *Quæst.* 35. *n.* 30 *& seqq.*

33) Veluti heredi *per Not. supr. h. Cap. N.* 20. *& Cap.* 11. *N.* 22. ibi tit. *notitia. &c.*

34) Ita Borch. *C.* 7. *n.* 10. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 36. *& seq.* nec parti, quæ non detulit, nec iudici, quem negotium non concernit Et quia in eo is exsequitur dispositionem legis, præsumptio calumniæ cessat. *Arg. L.* 12. *L.* 18. *ind. solu.* Atque ita nec in iuramentis a lege delatis (veluti quod heres non confecto Inventario præstat, *L. ult.* §. 10. *Cod. de iur. delib.*) exactioni huius calumniæ iuramenti locus. Rauchb. *d. Quæst* 11. *n.* 35. *& seq.* Reinh. Rosa *addit. ad* Moller. *Nov. Sax.* 12. *p.* 1. *n.* 6. Iac. Schult. *Ob. Forens.* 57. *n.* 20. Enimvero si verborum cortici inhærendum, videri potest, ex *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 1. etiam delato suppletorio vel purgationis iureiurando adversario prius de calumnia iurandum. Contra tamen in Curia Lipsensi iudicatum anno 1599. attestante Icto. quodam eximio in manuscriptis observationibus. Cæterum & Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 130. *n.* 12. *& seq.* cum alicui reo deferretur iuramentum de qualitate lucri percepti, cuius dimidia ex conventione ad actorem redire debebat, non fuisse iniunctum calumniæ hoc iusiurandum deferenti scribit. Tum quod non calumniose exigi apparuerit, cum nemo teneatur simplici assertioni stare, tum quia id iuramentum non litis decisorium, nec in eo fundum intentionis consistit, sed

relationem. Quid enim is, cui iusiurandum defertur a iudice, postulabit ab eo, ut prius ipse iuret de calumnia, ut nisi iuraverit, sit potestas iurisiurandi delati recusandi? At hoc iusiurandum non exigitur nisi ab eo, qui aliquid petit in iudicio ab adversario. Iudex autem in iudicio nihil petit, sed apud eum petitur: ac ne illud quidem petit a reo, ut iuret, sed pro potestate iubet iurari. Tum autem quæ in deferente iudice calumnia aut iniuria esse potest, qui deferendo, iure licito & publico utitur. *L.* 3. *infr. quod met. cau* Multo minus iusiurandum a iudice delatum potest referri. Nam cui tandem id referatur? Iudicine? at in lite iurat is tantum, cuius de re agitur, & iurat solum unusquisque de facto suo, non de alieno. *L. Marcellus*, § *iurare*, *infr. rer. amot.* Hic autem neque de re iudicis, neque de eius facto omnino agitur. An adversario? 35 at ei qui non detulit, referri iusiurandum non potest: cum non referatur, nisi quod ante delatum fuit. Neque iniquum est displicere ei eam conditionem, quæ ab eo non sit profecta. Arg. *L. iusiurandum*, & *ad*, §. *datur*, *hic*. Nam quod generaliter scriptum est, in *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *C. eod.* Si cui iusiurandum delatum est, vel a partibus, vel ex auctoritate iudicis, posse eum iusiurandum referre: iam dixi ad hoc genus iurisiurandi non pertinere, sed ad id, quod delatum est ex auctoritate quidem iudicis, sed petente parte, ut iudex id deferat, ut indicant illa verba. *Quis enim ferendus est:* & item extrema illa, propter hoc ipsum, quod iudex eius petitionem secutus est. Quæ reliquæ caussæ sunt, ne hæ quidem ad hoc iusiurandum pertinent. Qui ex iureiurando afficitur aliquo incommodo, aut qui metuit, ne frustra iuret, hunc volumus iusiurandum recte recusare. Sed nihil horum metuit is, cui a iudice defertur iusiurandum: cum hoc exacto iureiurando futurum sit, ut secundum eum iudicetur, qui iuraverit, ac tandiu sententia valeat, quandiu novis instrumentis post repertis non retractetur. *L. admonendi*, *hic*. Postremo etsi id detulisset iudex antea, & ante sententiam revocasset: licet tamen ei mutato consilio postea id deferre: quoniam ita ius est, ut quod iussit, vetuitve iudex, id possit contrario iussu tollere. *L. quod iussit*, *infr. de re iud.* Apparet ex his, sive a litigatore iusiurandum in lite ac iudicio deferatur auctore iudice, sive deferatur a solo iudice in dubiis caussis, ex utroque genere iurari necesse esse, quandiu nulla sit idonea recusandi caussa: sed ex priore plures esse caussas ad recusandum; ex posteriore vix paucos. Ac quæ utrobique recusandi caussæ sint, expositum est: extra quas nihil relinquitur nisi necessitas iurandi, de qua quærimus.

CAP.

sed iuramentum liquidationis ad exsecutionem potius processus quam merita caussæ pertinens, quale est illud, de quo *d. L. ult.* §. 10. *C. de iur. delib.*

35) Ita Don. *ad L.* 9. *C. h. t. n.* 19. *Add.* Borch. C. 7. *n.* 9. Mynf. *ad Rubr. extra de probat. n.* 30. Diff. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 7. *p.* 657. volens & hic relationi locum esse, de eo Accurs. contra apertissime verba *d. L.* 12. §. 1. dubitare. Ast resistit Fabro ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim unde illatum est. Et quomodo necessarium hoc iusiurandum magis quam iudiciale, si non ea necessitate suscipitur Denique si omnino verba: *Vel ex auctoritate*, *etc.* de necessario accipi debent, tamen quod de relatione sequitur iuramentum iudiciale solum referendum, sic ut singula singulis respondeant ita: Cui a iudice defertur, iurare debet; cui a parte, iurare vel referre. Hinc in *seq. vers.* necessitas præstandi relatum, non indistincte imponitur utroque casu, sed ei, cui iure refertur, qui scilicet ipse detulit.

C A P. XIV.

Necesse esse venire ad iudicem iurandi caussa, cum vocatus fueris: nisi si quibus hæc veniendi necessitas remittatur: & quæ res hanc remittant.

S U M M A R I A.

1. *Absentem qui iurare paratus erit, evocatum iurandi caussa venire debere.*
2. *Cur hæc necessitas inducta.*
3. *Vocari absentem ante omnia oportere, & quid in ea vocatione servandum, ut sit iusta.*
4. *Qui venire non possunt, excusati.*
5. *Necessitas veniendi quibus remittatur.*
6. *Egregiæ personæ quæ.*
7. *Qui venire non coguntur, domi iurare cogendi: mittiturque ad absentem officialis iudicis; quis, & cuius sumptibus.*
8. *Si absens qui venire non cogitur, ex alieno territorio erit, per iudicem eius territorii transigentur quæ de iureiurando facienda sunt, & quo modo.*

QUod superest, monendi sumus non simplicem esse hanc necessitatem. Ut enim aliquoties iam attigimus, non solum exigitur, ut cui iusiurandum defertur, iuret, sed etiam ut iuret præsente iudice, ut cautum est in *L. generaliter*, *§. omne*, *C. eod* Quod non tantum hanc vim habet, ut nisi præsente iudice iuretur, non sit ratum iusiurandum: sed etiam ut si ab aliquo postuletur, is apud iudicem iurare necesse habeat. Hæc necessitas ita iurandi aliam necessitatem adversus absentem inducit: nimirum, ut si aberit is, quem pars adversa præsens iurare vult, is etiam huius rei caussa venire debeat, si modo in absente idem illud ius servetur, ut præsente iudice iurari oporteat. Id quod & receptum est: unde & illa altera necessitas, de qua restat, ut ad conditionem totius huius necessitatis explicandam cognoscamus. Ac de ea sic

1 habendum est. † Referre iusiurandum sibi delatum absens si velit, potest: cum relatio, per quemcunque significetur, præsenti qui iusiurandum detulit, nihil noceat. Potest multo magis per procuratorem significare se nolle iurare. At si iuraturus est: hoc vero absens facere non potest, neque per se ibi, ubi est, neque per procuratorem suum ibi, ubi agitur; sed deferente adversario venire debet ad iudicem, ut coram iusiurandum præstet: ut si non venerit, sua sit & huic recusationi pœna. Hæc necessitas veniendi, cum iurisiurandi caussa evocatus fueris, vetus est, non Iustiniani lege primum introducta *d. L. generaliter*, *§. omne*. Nam iam olim si quis ad iusiurandum vocaretur, certis personis tributum hoc esse constat, ut ad eas domum mitteretur. *L. ad personas, hic*. Quod certum argumentum est id aliis non concedi, sed domo evocatas venire cogi: præsertim cum personæ conditio in eo locum fecerit beneficio: quod quoties accidit, id observatur, ut deficiente ea conditione beneficium deficiat. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur.* Sed maxime confirmatur hæc necessitas a Iustiniano in *L. generaliter, C. eod.* non solum quod iubet in litibus omne iusiurandum dari sub ipso iudice, quod facit in *§. omne igitur*; sed etiam quod in *§. his de præsentibus*, aperte dicit ipsam principalem personam, cui iusiurandum delatum est, necesse esse datis certis induciis ad iudicem venire, ut coram iuret, vel si videtur, referat, aut recuset iusiurandum. Adiicitur quidem, nisi iudex existimaverit rem ibi transigendam esse, ubi absens degit: sed quatenus iudici id existimare liceat, ostendit in *§. ultim. seq.* cum iubet eum in hac re id sequi, quod observatio iudicialis postulat: in quo quid ius postulet, paulo post dicam. † 2

Non abs re est autem, quod qui iusiurandum defert, postulat ut adversarius ad iudicium adsit, 1) ubi iudice præsente iuret. Non enim tantum ita fieri ad iudicis officium pertinet, cuius est quidquid ad probationem & litis decisionem in iudicio adfertur, id cognoscere & æstimare, ut ex eo deinde sententiam ferat: *L. iudices, C. de iud. L. de qua re, supr. eod.* Sed etiam magnopere deferentis interest. Sic enim eveniet, ut iuraturus præsentia & auctoritate iudicis territus,

1) Et in necessario cum primis multum refert, qua constantia aut trepidatione iuret, Gilken. *ad L. 12. pr. C. hoc tit. n.* 6. A. Fab. *Cod. suo hoc tit. Defin.* 31. Ubi nec in locum iudicis alium substitui posse putat, coram quo iuretur, quia ipsi potius iudicaturo videndum, nec ab alio explorandum, qua fronte vel fiducia iuratum sit. Sed & præcedere oportet admonitiones iudicis, ut iuraturus probe rem expendat, nec temere iuret aut peieret.

tus, iuret timidius, dubitetque, hoc præsente & metum numinis incutiente, ea dicere ac facere, quæ fortasse remotis arbitris non reformidasset. Ut enim litera, auctore Cicerone, sic solitudo non erubescit. Nec audiendus est [2] procurator absentis, si se paratum dicat nomine domini iurare. Non enim huic iusiurandum defertur, sed domino. Neque vero cogendus est adversarius huic potius deferre: cum inter fidem & religionem cuiusque multum intersit. Certe nihil est, quod deferenti possit obiici, si ei quem fortasse non novit, aut etiam cui nolit, eandem fidem non habeat. Recte dictum est, in re cuiusque præscribi domino non debere, cur metuat hoc aut illud subire, vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates. *L. 4. infr. ad Treb.*

Sed esse oportet, quod absenti imputari possit, cur non venerit, prius quam quidquam eo nomine pœnæ caussa in eum statuatur. Pœna enim cum sit delicti vindicta, sine delicto esse non potest. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* Sic autem est, quod possit absenti imputari, si vocatus sit, ut adesset iurandi caussa: nec vocatus quovis modo, sed rite: & vocatus venire contempserit, ut nulla sit vocato excusatio, quod non venerit. † Dixi vocari
3 absentem debere, ut venire necesse habeat: quod est in promptu. Nam quomodo venire poterit, ut iuret, qui se ad iurandum vocatum ignorabit? Evocatur ad iurandum is, 3 cui denuntiatur, ut adsit in iudicio ad iusiurandum præstandum quod ei ab adversario defertur. Quomodo dicimus absentes testes evocari testimonii dicendi caussa. *L. 3. §. ult. infr. de test.* Sed & rite vocari oportet. Alioqui nec vocatus videatur *L. quoties, sup. qui sat. cog.* ut proinde in vocato denuntiationem impune contemnere liceat. Quæritur ergo per quem vocari debeat, & quomodo, ac cuius sumptibus, tum quis possit vocari. In quibus hic ritus & ius vocandi continetur. Et iudicis est hæc vocatio, denuntiatioque omnis, non litigatoris: ut cum pars præsens absentem iurare volet, nihil ei prosit, si per se aut per privatum aliquem curet absentem admonendum, eique denuntiandum, ut adsit in iudicio iurisiurandi caussa, quod illi deferre constituit; sed a iudice eam denuntiationem postulare debeat: huius autem sit curare, ut absens ea gratia evocetur. Sic ius est de absentibus evocandis & admonendis, quoties abest unus ex litigatoribus, quo tamen præsente aliquid in iudicio, aut apud iudicem fieri oportet, idque ut fiat ab adversa parte postulatur. *L. etiam, §. ult. supr. de minor. L. si quando, §. 1. C. de testib. Novel. de testib. §. ult.* Unde & vocationes huiusmodi iudicum, *consuetæ* vocantur in *Novel. ut sponf. larg. §. ad hæc.* Hoc autem modo evocabit absentem iudex, ut per apparitorem seu exsecutorem id faciat: ut sit, quoties pro officio & potestate aliquid denuntiat. *d. L. si quando, §. 1. C. de test.* Quod eo pertinet, ut intelligamus, quamvis iudex procuratori ipsi absentis mandarit, ut ad dominum mitteret, eumque admoneret: tamen frustra id esse, nec absenti id nocere, sive eum procura-

2) Recte. Nam absens per alium facilius & audacius peierabit, Ant. Fab. *C. sui h. t. Defin.* 31. Et plerunque Procuratores viliores, locutuleii & ad peierandum prochviores minusve meticulosi, Coler. *Decis.* 115. *n.* 9 *&* 10. Atque hoc sane apud nos iure Sax. cautum contra observatum. Ita enim habetur. *Artic.* 17. *Uveichbild. Mus Sein Gewissen mit seiner selbst Hand reinigen* Et *Lib.* 1. *Landr. Art* 46. quod mulieres ipsæ, non per curatores suos, iurare debeant. Quod multo magis in maribus obtinere dicendum, Reinh. *Inter. diff. Zobel. Diff.* 21. *n.* 12. *&* Zobel *Diff.* 27. *n.* 1. *Part.* 1. Coler. *Decis.* 115. *n.* 3 *&* 6. Rauch. *P.* 1. *Quæst.* 8. *n. &* 10. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. iur* C. 4 *n.* 65. *& seqq.* Quod adeo stricte in Curiis servari, ut etiam illustres personæ ipsæmet iurare cogantur, itaque in caussa cuiusdam Principis contra Comites quosdam agentis pronunciatum testantur, Moller 4. *Semestr.* 20. *&* Knich. *d. loc. n.* 68. Sicuti & iusiurandum Collegio vel Universitati delatum, non per Syndicum, sed tres vel quatuor e Senioribus, quibus res melius comperta, præstari debet ex *Nov. El.* 13. *P* 1. Beust. *ad Rub. D. hoc tit. n.* 71 Confer. A. del Re *de iuram calum. C.* 15. *n* 107. *& seqq* Etsi vero auctores citati dispositionem hanc iuris Sax. a iure civili discrepare sentiant. Etsi item Bart. *in L.* 13. § 13. *de dam. inf.* & sequaces Sich. *ad L.* 12. §. 4. *C. h. t. n.* 3 Covar. *ad C. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 18. Sneidvin. *in* §. 11 *I. de act. n.* 104. *& seqq.* P. Gregor 50. *Synt* 7 *n.* 8 Afin. *de Exsecut.* §. 9. C. 2 *n.* 1. Obr. *de iuram calum. C.* 6, *n.* 69. per Procuratorem iusiurandum ita præstari recte velint, si speciale mandatum habeat, ut in animam domini iuret, per *d. L.* 13. §. 13, *C. ult. de iur. calum. in* 6. *C. præsentiam* 2. *de testib. in* 6. Itaque receptum quoque perhibet Duar. *in Prior. Com. h. t.* C. 7. Idemque ex *L.* 17. §. *ultim. h. t.* cumprimis comprobari censent Obr. & Sneidv. *d. loc.* qui hoc amplius *n.* 107. hanc dispositionem civil. nec iure Sax. correctam statuit, putans quod in Curiis nostris obtinet, statutis earum & ordinationibus adscribendum. Attamen melior Donelli nostri sententia, maxime quoad iusiurandum decisorium, in qua & olim Bald *in L.* 12. §. 4. *C. h. t. n.* 2. eamque prælucere dicit Gilk. *ibid. n.* 2. & ex mente Bart. esse, & deferens vult, ut ipse reus præstet, Vid. Borch. C. 4. *n.* 10. *& seq.* Bron. 2. *Ax.* 29. Neque enim deferens alterius fidem sequutus, & iurandum ea conditione delata, ut *supr.* C. 6. Ac confirmat *L.* 21. §. 5. *de nox. act.* la. Schult. *in addit. ad* Coler. *d. Decis.* 115. *n.* 29. Et more pessimo receptum esse, ut quis iuret in alterius animam scribit Gifa. *ad L.* 39. §. 1. *de Procur. n.* 15. Ventur. de Valen. *Parthenii litigiosi Lib.* 1. C. 15. *n.* 33 Longe alia certe ratio est delationis, quæ fit per Procuratorem at *d. L.* 17. §. *ul. supr* C. 4. *n* 1. alia præstationis delati ab alio. Qui non Procuratori, ita enim res dubio vacat, ut *supr.* C. 7 *n.* 6. sed domino eius detulit. Confer. *nat. supr.* C. 3. *N.* 10.

3) Sed & adversarius qui detulit, citari debet, ut veniat ac præsens iurari videat, ipse vel per Procuratorem ad hoc ordinatum, *d. L.* 12. §. 4. ubi Gilk. *n.* 4. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 40. *& seq.* Caroc. *Q. principali* 4. Qui si non compareat, per contumaciam eius iusiurandum delatum pro præstito est, *Novell. Sax.* 12. *P.* 1.

curator non admonuerit, five admonuerit, & ille neglexerit venire. Neque enim vocatur per indicem, qui adhibito ministro publico iudicis non vocatur. Et ut non cogitur quisquam parere extra iurisdictionem suam ius dicenti: *L. ult. supr. de iurisd.* sic nec extra officium suum vocanti, aut quid exsequenti fidem habere. Est & hoc in officio iudicis absentem evocantis, ut venturo [4] certum tempus præfiniat, intra quod ad iudicium adsit: ne longiorem moram trahat, & si non veniat, excuset, quod nullum tempus constitutum habuerit, eoque efficiatur vocatio inanis. Quo referri debet, quod de certis induciis absenti ad veniendum dandis cautum est in *d. L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* De sumptibus in iter faciendis quæri potest, an iuste petiturus sit absens hos sibi in iter a deferente prærogari: his autem non suppeditatis non magis cogendus sit venire, quam coguntur testes, qui ad testimonium evocantur. *L. si quando, C. de test.* Sed diversa est caussa testium. Illi enim ad caussam alienam vocantur, in qua nihil est, cur cogantur de suo sumptus facere. Litigator absens vocatur in sua caussa, & ita, ut vocetur in rem suam. Vocatur enim ad iurandum: quod si faciet, futurum est, ut secundum eum iudicetur. *L. admonendi, hic.* Quamobrem puto eum re integra suis sumptibus venire debere. In sententia sarcientur ei postea, si iurabit, ut suo loco dicetur. Initio autem re integra ut sibi prærogentur a deferente, frustra postulabit. Etenim cum quis postulante adversario proficiscl, aut aliquid aliud cum sumptu facere cogitur, tribuitur quidem hoc ei, ut faciat petitoris sumptibus; sed non aliter, quam si petitoris caussa faciat, non sua: in rem petitoris, non suam. *L. si res mobilis, sup. de rei vind. L. si in Asia, §. 1. infr. dep. L. operæ enim, inf. de op. lib. L. ult. C. de stat. & imag.* Quod si vocatus cum venerit, iusiurandum referre aut recusare volet: iam hic ideo suis sumptibus proficisci debet, quia harum rerum gratia, si proficiscitur, non necessarium iter, eoque nec necessarios sumptus instituit: cum possit absens, nec coram iudice horum utrumque facere, ut ante diximus, idque significare adversario per eum apparitorem, a quo vocatus est. Quare si aliter facit, de se queri debet, ac culpa eius est: quod sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis ex, infr. de reg. iur.* Hoc statui hoc loco eo spectat, ut intelligatur nullam esse caussam vocato, ne veniat, quamvis ei sumptus ad iter ab adversario non suppeditentur, ac sine horum oblatione rectam esse vocationem. Omnem recte vocari constat, qui sit territorio iudicis subiectus. Quid, si absens sit ex alia provincia alienove territorio? Fortasse quis dicat non posse iure evocari, sed ad iudicem eius loci mittendum esse, ut quæ iureiurando delato facienda sunt, apud eum transigantur, iuxta formam præscriptam in *L. generaliter, §. his de præsentibus. C. eod.* quoniam extra territorium, supra ve iurisdictionem suam ius dicenti impune non paretur. *L. ult. supr. de iurisd.* Ego autem puto nihilominus etiam iudicem hunc recte evocaturum per apparitorem suum, ut nisi veniat, sit pœna non venienti constituta. Nec metuemus, ne dum iudex id facit, videatur supra iurisdictionem suam facere: quia qui apud eum litigat extraneus, is se eius iurisdictioni in ea caussa subiecit, sive agit, sive alio agente iudicium apud eum suscepit. *L. 1. L. 2. in pr. supr. de iud.* Si iudex sententiam aut decretum in alieno territorio exsequi vellet, puta ibi bona pignori capiendo, aut in possessionem mittendo, liceret ei non parere: quia exsequitur extra territorium, & in res eius territorii potestatem non habet. *L. cum unus, §. is qui, infr. de reb. auct. iud. poss.* Nunc autem absentem ad iurandum vocando non aliud agit, quam ut moneatur absens, ac si non paret, sit ea pœna, quæ est in potestate ipsius iudicis. Id enim agitur, ut si sponte venit vocatus & iurat, iudex pro eo sententiam ferat; si non venit & recusat iurare, ferat adversus eum: quorum utrumque iudex pro sua iurisdictione statuere potuit: ut dicendum sit nihil hic eum nisi inter personas suæ iurisdictioni subiectas, & de caussa ad iurisdictionem suam pertinente, & in territorio suo statuere. Atque hæc idonea vocatio est.

Ut autem quis † rite sit vocatus: non 4
continuo tamen in culpa est, aut ulli pœnæ subiicitur, qui vocatus non venit; sed qui contempsit venire, abestque per contumaciam. Arg. in *L. in caussæ, 1. §. 1. supr. de minor. L. contumacia, infr. de re iud.* Quod ita sit, si vocatus cum posset & deberet, non venit. Sunt vero qui non possint, sunt etiam qui iure non necesse

4) Apud nos *d. Nov. Sax.* 12. *P.* 1. terminus legalis 6. hebdomadarum & trium dierum. Quo lapso iuramentum pro deserto & neglecto, atque is cui delatum fuit, pro confesso habetur. Qua de re Vid. Iac. Schult. *Obs. forens.* 5. & 3. *seqq.*

cesse habeant, Iure hanc necessitatem remittente. Ei qui etiam si vellet, non potuit, nihil est, quod possit imputari. *L. cum quidam*, *§. si pupillo*, *infr. de usur.* Proinde qui [5] necessitate aliqua prohibitus est, erit excusatus: veluti si vi hostium aut latronum, si tempestate, si morbo. *L. 2. §. si quis iudicio*, *supr. si quis caut. L. inviti*, *1. infr. de testib.* Idem est, etsi iure sit prohibitus, ut quia publici muneris caussa retentus sit, aut aliunde ad testimonium desideratus. *d. L. 2. §. 1. & §. si quis iudicio*, *supr. si quis*
5 *caut.* † Interdum etiam ei qui venire potuit, hæc veniendi necessitas, ut dixi, iure remittitur. Qua de re statuitur aut ex intervallo locorum, aut ex conditione personæ. Ex intervallo locorum, [6] ut ne quis absens evocetur per longum iter, ubi nulla gravis & evidens evocandi caussa urgeat. Quod in testibus evocandis constitutum *L. 3. §. ult. infr. de testib.* etiam ad hanc speciem referri debet: in qua & ipsa qui ad iurandum vocatur, ad rem probandam vocatur: quoniam iusiurandum probationis loco est. *L. 5. §. dato*, *hic*. Sed & in hac specie facilius admittendum, quod ad mendacium in iurante deprehendendum minimum valet, prudentia & diligentia iudicis; quia non interrogatur varie is, cui iusiurandum delatum est, sed res uno verbo transigitur, ut dicat se iurare ita, aut ita rem se habere; quod in interrogatione testium secus est. Ex conditione personæ non uno modo: nam hic istarum rerum ratio habetur, sexus, infirmitatis corporis, paupertatis, officii, dignitatis personæ. Sexus in fœminis, quibus hoc tribuitur, [7] ne contra pudorem sexui congruentem cogantur conventibus virorum vel iudiciis interesse: usque adeo ut placeat capitale esse, si quis index matremfamilias in publicum pertraxerit, *L. maritus*, *C. de proc. L. 1. C. de offic. diver. iud.* Infirmitatis in [8] senibus & valetudinariis: quibus consulitur, ne cogantur domo longius aut diutius abesse cum incommodo valetudinis. *L. inviti*, *1. infr. de testib. L. ad personas*, *hic*. Paupertatis in his, [9] qui bonis casu amissis propter nuditatem honeste in publicum prodire non possunt: quorum & ipsorum pudori recte parcitur, ne cogantur prodire: quod definitum est in *C. si quis testium*, *extr. de testib.* recteque defenditur, arg. *L. in eadem*, *in fi. supr. quibus ex cau. mai.* Officii in his, qui administratione aliqua pro exercitu, aut Rep. funguntur. Non loquor de administratione & functione necessaria, qualis est militum, & eorum qui Reip. caussa absunt: quos omnes constat satis necessitate ipsa muneris impediri, ne absint ab his locis, in quibus pro ratione muneris eos consistere convenit; *d. L. inviti*, *1. infr. de test.* loquor de administratione voluntaria, qualis est publicanorum, & eorum, qui quid exercitui præbendum conduxerunt: quibus & ipsis pro utilitate publica placuit hoc tribui, ne etiam testimonii caussa evocentur, ne impediatur eorum administratio, *L. inviti*, *2. infr. de testib.* Dignitatis in his personis, quæ egregiæ nominantur. Egregias personas placuit ad iurandum domo evocari non debere. *L. ad personas*, *hic*.
† Egregias [10] personas dici constat, quæ 6
sunt extra cæterorum gregem. Ut autem intra gregem aliorum civium esse dicuntur, qui communi utuntur cum aliis conditio-

5) Et hic quoque carentiam Advocati excusare ex Wes. Moll. *ad d. Nov Sax.* 12. *n.* 2. ubi monet, mature hoc iudici significari debere, petique ut terminus prorogetur.

6) Gilk. *ad L.* 12. *§. hac de præsentib.* 4. *n.* 4 committi iudicis arbitrio, num ipsum accersi velit, an si in longinquo sit, Magistratibus eius loci delegare.

7) *Nov.* 124 *C.* 1. vers. *Si vero mulier C. mulieres* 6, *extr. de senten. excomm.* Chassanæ *Catal. glor. mund P.* 2. *Consid* 30. Quod recens fuisse institutum, cum vetus mos fuerit Vestales quoque in foro & iudicio audiri, quoties testimonium dicerent ex Tacito 2. *Annal.* probat Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 33. Sane Duar *in Prior. Com. C* 7. illud quod in publicum prodire non debeant, moribus Italorum, non Gallorum convenire scribit. Neque hoc apud suos obtineri posse in iudiciis, nisi matrona sit egregia. Quin & Caroc. Italus licet *Q.* 5. *Quæst.* 13. *princip n* 4. hoc servari solum in Nobilibus & puellis; viles & rusticas ipsas accedere. In pudicis & honestis Ant. del Re, *de Iuram. cal. C.* 17. *n.* 8. In Germania hoc usurpari in honestioribus notant Sich. *ad L.* 12. *§. ult. C. h. t. n.* 2. *&* Obr. *de Iuram. cal. C.* 9. *n.* 23

8) Non propter reverentiam, sed propter necessitatem, si nec possint venire Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 7. Licet enim Brust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 12. *& seqq* honorem hunc ætati haberi velit: tamen plerique testantur, hoc ius, ut senes excusentur, consuetudine non servari: ut ipsi venire debeant, nisi aut morbo conflictentur, aut in dignitate aliqua constituti. Vid. Tiraquel. *de Iur. primogen. Præfat. n.* 109. Caroc *Q.* 5 *Quæst* 13 *principal. n.* 6. *& seq* Ut iudicis arbitrii sit, quis hic, qua ætate senex habendus, Menoch. *Arb. C* 59. Sicuti & quis hic valetudinarius, aut infirmus. Menoch. *seq Casu* 60 De quo & unde hoc cognosci & æstimari debeat, Caroc. *d. Q.* 5. *n.* 13. *ac seqq.*

9) Quod & recipiendum in Nobili paupere, maxime cum huic dedecus sit in publico comparere viliori habitu, post alios Tiraquell. *de Nobil. C.* 20. *n.* 47. *& seq.* (Neque enim Nobilitas paupertate amittitur, ut idem *d. Tr. C.* 25. Sed hoc apud suos non servari scribit, Chassanæ. *Catal. glor. mundi*, *P.* 8. *consid.* 38

10) Qui speciosi, *L. speciosas* 100. *de V. S* Rulant. *de commiss. P.* 2 *lib* 2. *C.* 5 *n* 9 Quinam autem tales habendi, cum non facile sit definire, iudicis arbitrio ex cuiusque dignitate ac existimatione æstimandum tribuunt Duar *in Prior. Comm h. t. C.* 7. *in Poster. C.* 1. *sub fin.* Gravat *de communi testatur*, *Annot ad Pract. Vestri Lib.* 6. *C ult n.* 11. Menoch. *Arb C.* 70. *n.* 2. Obr. *de Iuram. cal. C.* 9 *n* 20 Sed a Donelli doctrina non abludunt, quæ habet Perreno, aliud licet agens 1. *Animad.* 25. qui tres dignitatis caussas statuit: loci dignitatem, natalium splendorem, meriti præstantiam. Ut omnis dignitas vel loci sit, vel ordinis seu familiæ, vel meriti, quæ in specie dignitas vocetur, per *L.* 1. *C. Th. ad L. Iul. de ambit. L.* 4. *C. Tr.* 1. *de accusat. &c.*

ditione & iure: sic extra gregem ii, qui hac conditione exempti propria aliqua & præstantiore fruuntur. Communis civium conditio ita est, ut nemo civis in alium civem, qui ex eadem familia non sit, ius potestatemque habeat, sed omnes æquabili iure inter se vivant; tum ut omnes subiiciantur muneribus publicis non solum patrimoniorum, sed etiam personalibus. Quod si qui in hac caussa non sunt, hos vere extra communem conditionem aliorum, idest, extra gregem positos esse dixeris. Quamobrem tres res egregios faciunt, potestas publica & præfectura in alios; immunitas ab omnibus muneribus iure tributa; & claritas his rebus comparata. Potestas in alios publica est in iurisdictione. Hic sic recte definiemus: Qui cum potestate & iurisdictione præsunt aliis, quive in hac potestate auctoritatem aliquam iuris dicendi pro munere publico, quo funguntur, obtinent, quales sunt [11] domini territoriorum seu feudorum, in quibus iurisdictionem habent in subditos; quales duces belli tam inferiores, quam superiores; quales magistratus tam Principis, quam municipales; quales iudices non dati; quales magistratuum iudicumve assessores, qui propter auctoritatem publicam de iure consulendi, nonnullam in iurisdictione partem obtinere videntur; hos omnes non dubitabimus propter publicam potestatem in alios, & quia aliis præsunt, inter egregias personas esse habendos. Nihil enim horum nisi extra communem conditionem & sortem reliquorum civium. Illud præcipue, quod præsunt, extra gregem eos, ac proinde egregios esse ostendit. Quod enim præsunt, commune habent cum pastoribus. Nemo autem ignorat pastores in grege non esse, sed maxime extra gregem. His finitimi sunt etsi (*) *sine iurisdictione*, qui *præsunt* [12] *in ecclesia Dei, episcopi*, ministri verbi, doctores, & qui regendæ ecclesiæ quoquo studio dant operam. Et certe præcipue ecclesia gregi comparatur, hi sunt pastores. *Ioan.* 21. *Act.* 20. 1. *Pet.* 5. & hi quidem, qui maxime inter alios duplici honore digni habeantur. 1. *ad Timot.* 5. ut maxime hi egregii dicendi & habendi sint: quo & in numero præcipue habentur constitutionibus. Unde & præcipuo quodam favore illis tributum constitutionibus id, quod egregiis personis tributum dicimus, ne ad iudicium inviti trahantur, *L. nec honore, auth. sed iudex, C. de epis. & cle.* Immunitas idem præstat, aut certe idem personæ tributum arguit Immunitate ab omnibus muneribus publicis & civilibus iure publico [13] donati sunt, medici, bonarum literarum & libe-

11) Maxime vero illustres, qui iniuriam sustinent, iudicio consistendo, *Nov.* 71. *C.* 1. Attamen ex stilo Curiæ Lipsiensis Comes quoque ipse (in persona, ut *not supr. h. C. N.* 2.) & publice iurare tenetur Iac. Schult. *addit. ad decis.* Coleri 115. *n.* 25.

12) Et est ordo sacerdotalis dignitas, *L. atrocem* 4. *C. de iniur. C. denique ult. pr* 4. *distinct.* Nec clericus inter plebeios numerandus, *L.* 2. *C. ut nem. priv.* Tiraq. *de Nobil. C.* 9 Quin Episcopi illustres, Vid. Iannin. *Lib.* 1. *de Cit. reali. C.* 1. *n.* 892 *& seqq.* Add. Meuo. *C.* 70. *n.* 4. Olim sane Sacerdotibus idem non tributum, exemplo ex Tacito *Lib.* 6. ostendit Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 7 *& in Post. C.* 3. *in fin.*

13) Et quidem non solum publice in Academiis docentes, sed quosvis Docturæ insignibus ritu publico decoratos egregios haberi, hocque privilegio frui, crebrius ac probatius asseritur, teste Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 6. *C. ult, n.* 12. Beust. *ad d. L.* 15. *h. t. n.* 1. cum Doctoratus sit dignitas & quivis Doctores nobiles. Qua de nobilitate fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 5. Sinibald. Ubald. *de Nobilit. Axiom.* 24. Thom. Horner. *in Responso de Nobilit.* Chassa. *Catal. glor. mund. P.* 8. *Consid* 10. *&* 12. *& P.* 10. *Consid.* 24 Sim. Maiol *Dier. canicul. Tom* 2. *Colloq.* 6. *pag.* 504. Gui. Pap. *Decis.* 88. *&* 388. ibique *in Addit.* Ant. Rambaud. Gomez. *in L. Tauri ul. n.* 17 Franc. Pfeil. *Cons.* 197. Harpr. *ad §.* 1. *I. de iis per quos ag. n.* 78. *&* 4. *seqq.* Rulan. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 7. *C.* 2. Matth. Steph. *Lib* 2. *de Iurisd. P.* 1. *C.* 7. *Memb.* 2. *n.* 66 *& seqq. & Lib.* 3. *P* 2. *C* 14. *n.* 90. *& seqq.* Io. Hilbrit. *Orat. de Privil. DD.* (subiecta *Tract.* Boceri *de iure belli*) *p.* 335. *itemque Orationes* Mynsingeri (quæ insertæ *apud* Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 100.) Wolf. Gruningii, Arnol. de Reig. & Herm. Kirchneri (quæ tres iunctim excusæ) *de Dignitate Doctorali.* Quod idem quoad medicos contra aliorum rationes propugnat Sinibald. Ubald. *supr. d. loc. Axiom.* 51. *&* 2. *seqq.* Confer Simanc. *Lib.* 1. *de Repub. C.* 30. fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 31. Sane eos qui ex rescripto, seu codicillis Comitum Palatinorum gradum adepti, quos codicillares aliqui vulgo bullatos Doctores appellitant, iisdem Privilegiis non frui magno consensu plerique prodidere, arg. *L.* 51. *§.* 1. *de leg* 2. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 88. *n.* 3. *& Dec.* 388. *n.* 11. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 129 Rulant. *P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 14. *n* 8. Ott. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 1. *Tit.* 45 Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 22. post plures citatos novissime Iacob. Aleman. *Consult.* 5. *pag.* 213. *& seq* Scite Maiol. *Dier. canicular. Tom.* 2 *Colloq.* 6. *pag.* 505. Quorum tamen patrocinium operose suscepit Matth. Steph. *Lib* 2. *de iurisd P.* 1. *C.* 6. *Mem* 1. *n.* 73. *& seqq.* Num licentiati iisdem gaudeant, vid. Guid. Pap. *Decis.* 390. Menoch *Arb. Casu* 379. Matth. Steph. *Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 95. *& seqq.* Enimvero cum multi hodie præpropere Doctoris supercilium usurpent, quos discipuli suscipere famulatum decentius esset. ut verbis Rubricii *Lib.* 2. *Epist* 25 leviculæ inflexis utar, cumque haud raro collitores honorum requisitis iis, de quibus fuse Pacia. *Lib.* 2. *de Probat. C.* 41. insuper habitis non tam doctrinam candidatorum explorent, quam crumenam turgidulam eacutiant, Vid quæ ex Alciato Matth. Steph. *d. Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 77. *&* Simon Maiol. *d. Colloq.* 6. *p.* 505. Unde tot a multis de Doctoribus sine legibus & Doctorellis quos vocant prodita. Vid. Neviz *Sylv. Nupt. Lib.* 5 *n.* 39. *& seqq.* Pacia. *d. C.* 41. & quæ ex Hippol Marsil. refert Rulanr. *P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 14. *n.* 7. Ideo haud absurde, qui immunitatibus veris Doctorum eos solum frui debere volunt, qui vel docendo, vel agendo operam reip. navant vitamque professioni

(*) Infensus Ecclesiasticæ potestati sive iurisdictioni Donellus sæpius eandem tundit incudem, vel ut est in Græcorum proverbio τὸ αὐτὸ ᾄδει ᾆσμα, ut hic & superioribus locis; sed mihi non est animus, actum agere. Fallitur omnino Donellus dum omnem Episcopis iurisdictionem denegat; qua de re vide quæ *supra Civil. Comment. Lib.* 2. *Cap.* 4. *col.* 205. *& Lib* 13 *Cap.* 20, *col.* 961. sub asteris. Sunt adnotata, ibique laudatos.

& liberalium artium professores, doctores legum, omnes ita, si a principe aut iis penes quos eligendi ius est, publice probati in numeros constitutorum relati sint. *L. 1. L. 2. L. medicos, L. ult. C. de prof. & med. lib.* 10. His quidem, ut apparet, immunitas data propter doctrinam ac præstantiam artis, & merita in Remp. ut vel præstantiæ huius solius habita ratione videri possint egregii, quasi virtutis præstantia supra alios eminentes, ac velut extra gregem aliorum positi. Sed quoniam virtus sola non facit, quominus qui hac inter cives aliis excellunt, pari & communi iure cum aliis utantur; non prius isti ad hoc nomen vere & iure perveniunt, quam ob virtutem & salutarem Reip. operam extra communem aliorum sortem iure sint constituti: quod fit immunitate illis concessa. Ita præstantia artis & operæ in Remp. collatæ immunitati caussam dedit; immunitas publice illis tributa vel facit, vel certe nunc primum declarat esse egregios, qui sine hac intra communem aliorum sortem iure constitissent. Hac de caussa de his etiam constitutum, quod nomini huic & titulo conveniat: nempe id de quo agimus, ut ne hi ad iudicium deducantur inviti, idest, ne venire cogantur. *d. L. medicos, C. de prof. & med.* Claritas superiore potestate, itemque professione earum rerum, quas diximus, atque immunitate paratur ea, non solum quæ tribuatur suprascriptis personis, quamdiu munere suo funguntur; sed etiam his ipsis potestate & professione publica honeste functis: neque his tantum, sed & horum & vivorum & mortuorum uxoribus ac filiis. Ut puta: fuit aliquis olim Romæ consul aut prætor. Quod illi honoris & claritatis deferretur consuli & prætori extra ea quæ sunt iurisdictionis, placuit deferri [14] consulari & prætorio postea facto, idest, consulatu & prætura functo, sed & uxori, [15] atque liberis. *L. 1. C. de dignit. lib. 12. L. fœminæ, supr. de senat.* Eademque immunitas doctoribus, professoribusque superioribus tributa etiam post missionem honestam, nec non coniugibus, eorumque liberis. *d. L. medicos, L. ult. C. de prof. & med.* Et quod missionem consecutis idem tribui dicimus, hoc ipsum est quod legimus in *d. L. medicos*, non solum medicos & maxime archiatros iubert esse immunes, sed etiam ex archiatris. Uno enim verbo dicuntur ex archiatris ii, qui archiatri munere functi sunt: eadem forma qua posterioribus Imperatoribus [16] exquæstor, seu ex quæstore, exconsul seu ex consule dicuntur, qui quæsturam aut consulatum gesserunt, in *Proem. Inst. §. cumque. L. unica, §. 1. C. de no. Cod. fa. L. unica, §. ad istum, C. de Iust. Cod. conf.* Hæc res facit, ut sicut parentes in munere: sic & ipsi finito eo inter egregios habeantur, eademque claritas pertineat ad liberos, ut neque hi neque illi vocati ad iudicium venire cogantur. *d. L. medicos, C. de prof. & med.* Ex his potest intelligi, quid sentiendum sit de [17] nobilibus nostræ ætatis, quos ita vocamus:

fessioni convenientem degunt. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 388. Wesenbec. *Cons.* 40. *n.* 40. Rulant. *d. C.* 14. Quo ipso exclusi solum habendi qui vel inertia Doctores nomine, non re, vel desidia vitam silentio obscuri transigunt. Nec docentium loco tantum qui publico stipendio e cathedra, sed & qui intra domesticos lares alios laudabiliter instituunt, utilibusve exercitiis eorum studiis prosunt. Cum primis vero qui publicatis doctrinæ monumentis egregiis ad posteritatem victuris de republ. optime merentur, quibus non unius Academiæ, nec paucos, nec suæ solum ætatis homines instituunt. Quos cæteris præferendos esse statuit Chassanæ, *Catal. gloriæ mundi P.* 10. *Consid.* 28. Plane quod *L. un. C. de professoribus qui in urbe Constantinop. Lib.* 12. *tit.* 15. habetur, post continuatum per 20. annos docendi munus professores comitivam mereri, etsi tum ex *Rubr.* tum ex verbis *d. L. un.* in hac regia urbe non locum habere in alibi profitentibus videatur, Bellon. 1. *Supputat.* 13. alii tamen plerique exinde generaliter inferunt. Quo de Chassanæus, *d. P.* 10. *Consid.* 26. Menoch. *Arb. Casu* 68. *n.* 43. *& seqq.* Iannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 833. *& n.* 872. Wesenb. *d. Consil.* 40. *n.* 50. De insignibus inaugurationis doctoralis, eorumque significatione pluribus Chassan. *d. P.* 10. *Consid.* 36. Gomez. *in L. Tauri* 83. *& ult. n.* 16. Pacia. 2. *de Probat.* 41. *n.* 129.

14) Et Advocatus deposito officio, per *L.* 1. *C. de Advoc.* 2. Gu. Pap. *Decis.* 389. *n.* 1. Tiraq. *Tr. Cessante caussa P.* 1. *Limit.* 15. *n.* 8. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 25.

15) Quod de filiis Senatorum Curiæ in specie tradit Tiraq. *de Nobilit.* C.6. *n.* 21. Quid si ante dignitatem editi? Non interesse dicitur, *L.* 15. *D. de Senator.* Convenit *L.* 2. *§.* 2. *de Decurion. L.* 9. *§.* 4. *de pœn.* Unde Briss. *de Iure connub. pag.* 557. Accedens ait & superveniens patri dignitas in liberos quoque antea procreatos transfunditur. Etsi contradicere videatur *L.* 11. *C. de dignit.* de quo vid. & Duaren. 2. *Disp.* 29. Curt. 2. *Coniect.* ad Viv. 20. Tiraq. *de Nobil. Cap.* 15. *n.* 7. *&* 2. *seqq.* Hott. illustr. Q. 2. Pac. 2. Enant. Q. 39.

16) Vid. Ant. Aug. 3. *Emend.* 3. *p.* 135. ubi plura similia recenset, atque hos a Græcis vocari *ἀπὸ ὑπάτων καὶ ἀπὸ στρατηγῶν* ostendit. Sic Turneb. *in* 1. Cicer. *de LL. fol.* 124. docet, quod differt Proconsul, qui consulatum gesserat, & ex consulatu Provinciam obtinebat & Proconsul, qui loco Consulis, licet privatus esset.

17) Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 46. *& seqq.* Menoch. *Arb. C.* 70. *n.* 11. Quod generaliter & in simplici Nobile non obtinere, in eoque multos decipi scribit Caroc. *de Iurament. decis.* Q. 15. *quæstionis* 13. *principalis n.* 21. Et in immediate solum subiectis imperio admittit, non in aliis, nisi in dignitate, ut officio publico constituti, Rulant. *P.* 2. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 11. *&* 12. Confer. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 6. *n.* 130. *& seqq.* Plane etsi non male P. Greg. 4. *de Repub.* 2. *n.* 1. Nobilitatem generis absente virtute, opinione, non re ipsa, in imagine non veritate consistere, & malos a Nobilibus ortos *γενναίους* dici posse, non Nobiles. Sicuti & Cornel. Fronto Generosum, qui Græc. *γενναῖος* a Nobili distinguit, vid. Danæ. 2. *Polit. Christ.* 6. Georg. Cigler. *de incertitud. rer. hum. C.* 8. Rittershus. *Com. ad* Salvian. *Lib.* 3. *de Gubern. Dei p.* 102. *& seqq.* Sarment. 1. *Select. Interpret.* 15. *n.* 6. Iannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 834. *& seqq.* Et Turcæ in iis, quos muneribus & honoribus præficiunt, nullam Natalium rationem ducant, vid. Busbeq. *Epist.* 1. *p.* 31. *&* 38. *&* 76. *&c.* Attamen ut Bapt. Mantuan.

In

mus: nam & de his quæsitum est, num & ipsi hoc ipso quod tales sunt, inter egregias personas sint habendi, quamvis nihil unquam præclari aut egregii gesserint. Et probandum est in hoc numero esse habendos, sive ipsi aliquem dignitatis gradum apud principem aut in exercitu obtinent, sive imperium iurisdictionemve habent in subditos, sive his rebus destituti ab his parentibus oriundi sunt, qui ista aliquando obtinuerunt: quoniam liberi claritatem generis retinent. *d. L. 1. C. de dig. lib.* 12.

7 Postquam sunt, qui † venire non possunt, aut cum possint, non coguntur; quid fiet, si nihilominus eos litigator præsens iurare velit? faciendum est, quod traditur in *d. L. ad personas*, hic, *ad eos domum mitti oportet ad iurandum*. Quibus verbis breviter dubitationibus his tribus occursum est. Quæreret enim primum aliquis, quia constitutum est præsente iudice iurandum esse, *L. generaliter*, §. 1. *C. eod.* & hi venire ad iudicem non coguntur, an propterea nec iurare cogendi sint. Et monemur his verbis, non eo minus iurare cogendos: & merito. Dum enim domi iurabunt, nihil fiet adversus beneficium iuris, quod illos domo evocari prohibet: quoniam & sic iurantes domi manebunt. Ratio *L. quid enim*, *supr. de iud.* Quo recepto succedent deinde hæ quoque dubitationes de præsentia iudicis. Si hi domi iurare cogendi sunt: utrum præsente iudice id faciendum est, ut cogatur iudex ad eos ire, quo iurantes audiat, ne fiat contra ius, quod præsentiam iudicis exigit; an hic & absente iudice iurari potest? Quod si absente, an ne hoc quidem exigimus, ut quisquam hic intersit, qui vicem iudicis suppleat; an vero ut intersit, quo satisfiat? utrumque hoc uno verbo decisum est, cum dicitur, ad eos [18] *mitti oportere*. Sic enim intelligimus iudicem ipsum ad eos venire non debere, quod esset indignum propter honorem & dignitatem iudicis. *L. iubemus*, §. *ult. C. de epis. & cler.* & in iureiurando audiendo re non ita difficili non necessarium: sed tamen ne omnino videatur recedi ab eo iure, quo exigitur præsentia iudicis, a iudice mitti debere eum, qui partibus eius fungatur, idest, qui iusiurandum absentis, aut relationem vel recusationem audiat & excipiat, eaque referat ad iudicem. Quem ergo mittet iudex? aliquem ex iis quos in officio suo & ministerio publico habet, ut est in *auth. sed iudex*, *C. de ep & cler.* sed idoneum & intelligentem, ut est scriba publicus, aut notarius, qui actis excipiendis præpositus est. *C. si qui testium, extr. de testib.* Quæsitum est etiam, cuius sumptibus hic mittetur ad absentem. In quo si quæritur quis in sumptus in eam rem factos damnari debeat: aliena hoc loco quæstio est, & ad sententiam ex delatione iurisiurandi latam reiicienda: ac mihi propositum est de eo dicere postea. Sin hoc quæritur, quis statim sumptus in eam rem facere debeat: quæstio est expedita. Is enim debet, [19] qui defert, quia & huius postulatu mittitur ad absentem, & rem ita decidi, ut postulat, eius interest. Arg. in *L. si res mobilis*, *supr. de rei vind. L. ult. C. de sta.*

In sobolem transire patris cum semine virtus
Sæpe solet, refertque suus quo qui que parente est.
Adde quod audita laudes & clara Parentum
Facta movent animos, generosaque corda nepotum
Sollicitant, & calcar habent, abignatque veternum.

Hinc quondam Maiorum imagines in atriis habebantur, ut earum aspectu vehementissime animus ad virtutem incenderetur. Qua de re scite ex sententiis veterum Io. Savaro *Comm. ad* Sidon. Apollinar. *Lib.* 1. *Epist.* 6 ad illa verba: *Sanatoris seminis homo, qui quotidie trabeatis proavorum imaginibus ingeritur.* Ubi & de honoribus recordatione parentum delatis. Natalibus vero plus deferri quam virtuti, doctrinæ, meritis ægre ferendum. Vid. Busbeq. *d. loc. pag.* 76. Chassanæ. *Catal. gloria mundi P.* 8. *Consid.* 28. In Anglia Nobiles censeri, qui vel hodie de plebe educti ad dignitates, refert Alb. Gentil. 4 *de Nupt.* 13. *p.* 459. Apud Venetos autem omnes eos, qui a primis urbis conditoribus orti, iisque aditum esse ad Rempublicam capessendam, non aliis, Machiavel. *Lib.* 1. *Discu. de Rep. Cap.* 6. Sed & *in L. ult.* §. *ult. de Senator.* habetur solos in senatu sententiam dicere, qui a Patriciis & Consulibus descendunt. Quam tamen Triboniani adiectionem esse sumptam ex *Novel.* 62. plerique probabiliter putant, Cuiac. *in Nov.* 62. Balduin. *in not. ad d. L. ult.* Duar. *ad tit. D. de Senat. C.* 1. *cir. fin.* Ioan. Savaro *in Comm. ad* Sidon. *Lib.* 3. *Epist.* 6. Gilb. Reg. 2. *Enant* 2. Vult. *ad L.* 1. *Cod. Ubi Senat. n* 12. Leunclav. *Lib.* 2. *Notator. Cap.* 5. Licet Alb. Gentil. *Disp. ad* 1. *Machaei.* *C.* 6. mendiorem esse orationem, quam ut Triboniano tribuatur Hispani Nobiles Hidalgos vocant, voce a Latina deflexa, quasi Italicos, traductione ab iis, quibus ius Italicum, Sarment. 1. *Select. Interpr.* 15. *n.* 1. Itali & Galli Gentiles: quia barbari, antea gentes dicti in devictis Provinciis meliori quam Romani iure utebantur, *ita* Marc. Velser *Lib.* 8. *Rerum Augustanar. fol.* 163. Sed aliter Tiraq *de Nobil C.* 2. *n.* 53.

18) Recte Diss. Rævard. 4. *Var.* 19. per locum Taciti 2. *Annal.* ubi ad Urgulanicam Vestalem ipse Prætor missus. Sed meminisse debebat exemplo singulari ius generale non constitui. Plane Ioan. Maria Riminald. voluit in arbitrio esse iudicis, velitne ad has personas mittere, an illas in iudicium vocare ad iurandum. Quem refellit Boreh. *h. tit. C.* 9. *n.* 15. Num huic beneficio renunciari possit, Vid. Covar. *in C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Parte* 2. *Relect. princip.* n. 27. Petr. Barbosa *ad L. alio* 14. *ipsi* 15. §. *elegantes*. 1. *sol. matr. n.* 11. *& seq.* Qui affirmat; ac regulam, Inductis ob reverentiam personæ debitam non renunciari, intelligit de ea reverentia, quæ debetur alteri ceu capiti, aut superiori, aut parenti, marito &c. Non posse renunciari generaliter, sed in certa specie litis, Beust. *ad L.* 15 *h. tit.* n. 9.

19) Alii communibus impensis, quia utriusque interest caussam decidi, Caroc. *Q.* 5. *Quæstionis* 13. *principalis n.* 23. Alii iudicis arbitrio hic multum tribuunt. Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 228. Tiraquell. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 50. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 63. Gilken. *ad L.* 12. §. 2. *C. h. t. n.* 5. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 45. *& seqq.*

sta. & *imag.* cuius certiorem rationem si quærimus cum Bartolo (nam & huic idem videtur ad *d. L. ad personas*,) non utemur ea, quam ille reddit, quod quæ favore alicuius introducta sunt, non debent adversus eum converti, ut ei noceant: dici enim potest, quod mittitur aliquis ad absentem, pro absente fieri, non contra eum. Mittitur enim, ut adsit iuraturo, qui sibi iurat, non alii: & mittitur ut præsentia sua ratum efficiat iusiurandum, quod alioqui sine iudice foret inutile. Proinde rationem non modo nihil ad rem facere; sed etiam recte exigi, ut quod in rem absentis instituitur, id fiat ipsius sumptibus: Arg. *d. L. ult. C. de stat.* & *ima.* Sed hæc non obscura ratio est, quod superiores isti, de quibus diximus, iure faciunt, quod non veniunt etiam vocati: iure enim eis conceditur, ne veniant: quod autem iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. de adult.* Nam hæc si ita sunt, efficitur, si quis hic ad eos mittetur, quia non veniunt, nihil eos eo nomine præstare debere: quoniam quidquid quis præstare cogitur ob id quia aliquid non fecit, pœna est. *§. ult. Inst. de legat.* Præterea si quis esset ex his, qui venire coguntur, dixi eum suis sumptibus venire debere. Ergo si quis non cogitur, iter ad illum ipsius sumptibus fieri non debet. Alioqui inutiliter ei tribuetur, ne veniat. Non moveor, quod mitti ad absentem prodest absenti iuranti, dum hoc modo iusiurandum eius ratum fit. Non enim continuo si quid gestum alteri prodest, eius rei sumptus debet agnoscere is, cui prodest; sed ita si ille velit fieri sua caussa, & totum ad utilitatem eius pertineat. *d. L. ult. C. de stat.* & *imag.* In proposito autem absens non petit sibi iusiurandum deferri, aut ad se mitti aliquem iurandi caussa. Sed nec missio sine manifesto eius damno contingit: cum si absens veniret, hos sumptus vitare potuerit, & nihilominus iurisiurandi commodum consequi. Sic tamen mittet iudex ad absentem, si is sit
8 subiectus territorio iudicis. † Quod si ex alia provincia, alienove territorio erit, faciendum est, quod de eo cavetur in *L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* dabit operam iudex, ut absens in provincia ubi degit, sub actorum testificatione iusiurandum vel det, vel referat, vel recuset. Ubi acta intelliguntur, acta iudicis eius loci, in quo absens degit, continentia, quid præsente vel auctore eo iudice cum absente actum sit de iureiurando: quæ deinde remittantur ad priorem iudicem, ut ex his sententiam rei convenientem ferat, ut paulo apertius indicatur in *L. iudices, C. de fid. inst.* Itaque his verbis res iubetur committi ei iudici, cuius in territorium mittitur, ut is adversus absentem in iureiurando exigendo eadem faciat, quæ faceret iudex litis, si absens eius territorio subiectus esset. Proinde si absens est is, qui conditione personæ evocari possit, sed propter intervallum locorum datur hoc ei, ne extra provinciam suam per longum iter extrahatur: eum iudex eius territorii ad se evocabit, & de iureiurando præsentem audiet. Quod si erit absens ex eorum numero, qui venire non coguntur: mittet iudex ad eum, ut ante diximus: & quæ acta erunt, ea excepta & consignata curabit referenda ad suum iudicem, idest, eum apud quem iudicio de re agi cœpit. *d. L. iudices.* Hæc ideo per iudicem alterius territorii transigi placuit, quia hoc modo transigitur res rectius, utpote & sine imminutione iurisdictionis alienæ, & minore litigantium sumptu atque incommodo. Quidquid autem horum fiet, cautum est, ut iudex qui absenti potestatem facit ibi iurandi, ubi est, faciat etiam deferenti potestatem eo veniendi vel per se, vel per procuratorem, si videtur, ut ad diem constitutum adsit iis, quæ de iureiurando aguntur: hactenus tamen, ut placeat eius facultatis non aliam vim esse, quam ut si adesse velit, ei satisfiat; si nolit, nihilominus valeat, quod eo absente gestum est. *d. L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* Ac quæ res ad iurandum vocatis necessitatem veniendi remittant, & quid hic adversus absentem sequendum sit, satis dictum est. Illud constat, his rebus detractis ipsam illam veniendi necessitatem manere, quam iure hic statui diximus.

CAP.

C A P. XV.

Adversus eum qui iurare, aut iurandi caussa ad iudicem venire non vult, quæ sit pœna.

S U M M A R I A.

1. *Pœna adversus omnem, qui iniuste iurare non vult, summa, & quæ.*
2. *Pœna adversus non iurantem reum quæ, & cur, ac* L. manifestæ, h. t. *sententia.*
3. *Reum omnem non iurantem edicto coerceri.*
4. *Prætor cogit solvere, non iudex.*
5. *Magistratus iudex dicitur etiam tunc, cum non iudicat.*
6. *Ad quid cogatur reus, qui recusat iurare.*
7. *Cogendi ad solvendum ratio, quæ.*
8. *Reum recusantem iurare prius damnandum, & quomodo in eo res transigatur.*
9. *Ab ea damnatione appellare licere, & quatenus, & cui. Expositus,* §. sed iuramento, L. generaliter, C. de reb. cre.
10. *Pœna adversus actorem non iurantem ex sententia edicti, & quæ.*
11. *Appellare & actori eodem modo licere absoluto reo.*
12. *Victum ex caussa iurisiurandi in expensas condemnari debere.*

SED hactenus utraque illa necessitas & iurandi & ad iudicem veniendi, quo apud eum iuretur, hucusque tantum progressa est, ut intra nudam iussionem iuris consisteret, dum scilicet ostendimus, qui iure in ea caussa sint, ut illa facere iubeantur. Frustra, si hic consistitur. Potest enim qui iubetur, iuri non parere. Quare ad statuendam necessitatem utramque hoc etiam supererat, ut qui iubetur illa facere, cogatur, si recuset, aut certe ne sit impune: quod & edicto factum est. Addita est enim pœna adversus recusantem, in qua hæc cogendi ratio continetur. Huius enim metu subibit iusiurandum is, quem iure iurare oportet: quod nisi faciet, scire debet impune non futurum: de qua pœna & cogendi ratione reliquum est, ut
1 pro instituto dicatur. † Ne autem hic variæ pœnæ requirantur, una adversus eum, qui præsens non iurat, altera adversus eum, qui vocatus ad iurandum non venit, quoniam de utroque horum separatim diximus: sciendum est in utriusque recusatione unum atque idem factum versari, ut in eodem facto una [1] quoque & communis pœna utriusque esse debeat. Nam & qui non venit, ut iuret præsente iudice nihil aliud quam iusiurandum recusare intelligitur. Sive enim nec absens iurat, plane idem facit, quod is qui præsens iurare non vult; sive iurat absens, tamen pro eo haberi debet, ac si non iuraret, quia iurat vitiose: quippe non ita, uti oportet, cum præsente iudice iurare debuerit. Proinde inutiliter. *L. quoties, supr. qui sat. cog.* ita qui de eius qui præsens apud iudicem iurare non vult, pœna dixerit, de utriusque pœna dixerit. Quamobrem & ad hunc solum, quod satis est, orationem conferemus. Et si summatim breviterque dicendum est, eius qui sine caussa apud iudicem iurare non vult, summa pœna una est, ut pro confesso simul & convicto habeatur, *L. manifestæ, hic.* Unde quod de debitore in iure confitente scriptum est in *L. si debitori, supr. de iud.* solum huic superesse, ut pecuniam solvat, eique ad eam rem tempus dandum esse idem, quod iudicatis: hoc ipsum & adversus recusationem iurisiurandi hoc edicto cautum est, dum hoc edicitur, ut qui recusat, solvere cogatur. *L. iusiurandum & ad §. ait, hic.* Sed an per omnia adversus recusantem eadem pœna sit, quæ adversus confessos & convictos dubitari potest, & maxime propter verba edicti, quæ nunc exstant, quibus tantum de reo, eoque ad solvendum cogendo cautum est. Nos statuere debemus eadem omnia adversus eum qui iurare non vult, servari: si minus verbis edicti, at certe sententia, quæ ita accepta est, & confirmata partim auctoritate prudentum, partim constitutionibus. Quod ita facile poterit intelligi, si partibus huius pœnæ propositis, de his distincte agemus, ostendemusque breviter, quid iuris sit in singulis. Quod non minus ad explicationem edicti facere non dico conducet, sed etiam omnino necesse est. Pœna adversus eum, qui iurare recusat, constituta par-

1) Convenit *Nov. Sax. 12. P. 1. ut not. C. praeced. N. 4.*

tibus triplex est. Consistit enim partim in re principali de qua agitur, partim in sumptibus iurisiurandi interponendi caussa factis. Et rursum quæ in re principali versatur, duplex est. Alia est enim de re principali adversus reum; alia adversus actorem, ut est illarum personarum ius & conditio diversa. In sumptibus litis pœna utriusque communis. Quare si totum hoc ius pœnæ recte explicari volumus, sic videtur fieri posse, si primum de pœna rei in re principali, quando de hac pœna in edicto primum ac solum cautum est; secundo loco de pœna actoris in hac re ipsa; tertio de sumptibus litis quos uterque agnoscere debeat, in commune dicatur: quem & ordinem hic sequemur.

2 Edicti † pœna quæ quidem verbis, quæ nunc habemus, expressa sit, adversus reum, ut dixi, dirigitur, eaque dumtaxat in re principali. Sic enim verba sunt, ut qui iurare non vult, nec iusiurandum referre, hunc prætor edicat se solvere coacturum. *d. L. iusiurandum*, & *ad §. ait*, *hic*. Non solvit quisquam, nisi qui debet: nec solutio est, nisi eius quod debetur. *Inst. quib. mo. tol. obl.* In huius partis explicatione hoc primum occurrit, ut quoniam ita ius edicto cautum esse constat, quæratur, quamobrem: & num videatur potius non debuisse ita caveri, quasi cautum contra formam iuris optime in iurisdictione constitutum. Sic enim ius est adversus negantes reos, non oportere hos statim vi terreri; sed primum convinci, tum convictos damnari, sic deinde remediis iuris urgeri debere ad solutionem. *L. negantes*, *C. de obl.* & *act.* At qui recusat iurare, idem & se debere negat. Poterat responderi, pœnam hic constitui iniustæ recusationi. Sed semper hic quoque quæretur, quam recte: cum semper verum sit hunc eundem negare: nec ius patiatur negantem aliter quam convictum damnari, & cogi solvere. Paulus ergo aliter. Non enim dubium est, quin ad reddendam superioris edicti rationem pertineat hæc illius definitio: *manifestæ turpitudinis esse & confessionis nolle nec iurare, nec iusiurandum referre*. L. manifestæ, *hic*. Interrogati enim quare cogatur edicto solvere, qui iurare non vult, aptissime superius illud respondebimus. Id vero rem expedit. Vult enim intelligi Paulus [2] his verbis, ne hic quidem debuisse negantem & non convictum reum ad solvendum cogi, siquidem negaret, & non convinceretur. At ne in proposito metuamus, ne quid contra fiat, utrumque hic evenire, ut qui iurare non vult, nec iusiurandum referre, is & turpiter convinci, & ultro de intentione adversarii confiteri intelligatur: ita etiam superiori iuri atque æquitati consequens fuisse, ut hic quoque, qui iurare recusaret, solvere cogeretur: quod & edicto cautum est. Sed quæ ista confessio est in eo, qui iurare non vult, cum is maxime verbis neget se debere: aut quæ in hac recusatione turpitudo inesse intelligitur potius, quam in debiti inficiatione, cum unicuique liberum sit, quæ ab altero conditio offertur, eam sine turpitudine repudiare? *L. nec emere*, *C. de iur. del. L. sicut*, *C. de oblig.* & *act.* Et sane nulla hic esset recusantis, aut negantis rei turpitudo, nisi is prius confessus esset se debere, quod post illam confessionem nunc se habere turpiter negat. Ita merito prius de confessione eius quæri oportet. Ideo autem qui iurare sine caussa recusat, hoc ipso intelligitur de debito confiteri, quia nulla illi caussa probabilis esse potest iurisiurandi recusandi, nisi quia periurium metuit, si iuret: & ideo metuit, quia sibi conscius est se debere. Nam si se non debere sciret, & iusiurandum nollet referre, iuraret ipse sine dubio: cum id salva pietate faceret, & hoc consequeretur commodi, ut sine ulla molestia statim absolveretur: quod commodum nemo unquam nisi supinus reiiciat. *L. cum de indebito*, *infr. de prob.* Hac confessione admissa, quæ est in recusatione iurisiurandi, sequitur turpitudo, non quæ insit in hac ipsa recusatione conditionis oblatæ, quæ per se sine turpitudine, ut & cætera oblata negligi potest; sed in inficiatione debiti, quæ illam confessionem sequitur. Qui enim prius confessus erat, aut certe qui pro manifeste confitente ante habitus est, perseverat adhuc negare se debere, & contendere vult, ac molestiam probandi adversario creare, cum iureiurando interposito potuisset rea statim esse confecta. Hoc vero turpiter facere intelligitur, mentiendo se id debere, quod debere sua ipsius recusatione & confessione aperte arguatur. Summa hæc est: non dubia iuris & æquitatis ratione hoc edicto fieri, ut qui iurare aut iusiurandum referre non vult, solvere cogatur: quia si quis in iure confessus esset, aut in iudicio convictus,

2) Convenit Duar. *in Comm. Prior. h. t. C.* 2. Ut modeste facit, qui adversarium caussæ iudicem constituit, ita impudens iudicandus, qui talem conditionem sibi oblatam recusat. Nec aliena illa Aristotelis 1. *Rhet. ult. sub fin.* ex Xenophane. Grave & absurdum esse nolle eum iurare de quibus alios dignum iudicet iurare & iuratos iudicare.

victus, hoc ipsum certo & constituto iure facere cogeretur. *L.* 1. *infr. de conf. L. si debitori, supr. de iud. L. negantes, C. de obl. & act.* Utrumque autem inest in eo, qui apud prætorem iudicemve iurare non vult, nec iusiurandum referre.

Hoc iure constituto, videndum est qualis sit hæc coactio, quam edictum pollicetur, & quid contineat. Et in ea hæc spectanda sunt: persona quæ cogitur; is qui cogit; res ad quam ille cogitur; cogendi ratio; tum cogendi tempus.
3 † Qui cogitur, est is quidem a quo iusiurandum petitur, ut sunt primo verba edicti; sed non omnis, verum reus, qui debere dicitur: exigitur enim statim ab eo, ut solvat: quod, ut ante dixi, nisi in debitorem non cadit: cum non sit solutio, nisi eius quod debetur. Sed animadverso consilio prætoris, & superiore edicti ratione, facile est intelligere sub persona eius, qui debuit prætorem de omni reo sentire, a quo aliquid petitur, etsi in rem cum eo agetur, non quia debeat, sed quia rem possideat. §. 1. *Inst. de act.* Non enim caussa dici potest, cur debitorem cogat prætor præstare, quod ab eo petitur; non cogat autem possessorem, eum quo maiore & certiore ex caussa agitur. Sed & reum cogit solvere, quia recusantem iurare pro confesso & convicto habet. Statuatur ergo idem & adversus possessorem, adversus quem confessum aut iudicio convictum eadem, quæ adversus debitorem, statuerentur. Itaque his verbis: *eum a quo iusiurandum petetur, solvere cogam*, intelligamus prætorem hoc edicere generaliter, se eum cum quo agetur, quacunque actione agetur, id quod petitur, præstare coacturum, ut fieret, si convictus sententia iudicis condemnaretur.

Quis autem hic coget? nam de eo scri-
4 ptum videtur dissimiliter. † Ex edicto cogit prætor, idest, magistratus seu is qui iurisdictioni præest, apud quem de ea re iure agi cœperat. Prætor est enim, qui de se loquitur, & edicit se solvere coacturum. *d. L. iusiurandum & ad, §. ait prætor, hic*, At in *L. delata, C. eod.* scriptum est, reum in hac caussa necesse habere solvere per iudicem. Quæ videri possunt contraria: cum alius sit prætor, alius iudex; aliud officium prætoris, aliud iudicis. Alioqui non recte distingoerentur stipulationes prætoriæ a iudicialibus: quas tamen ut species contrarias distingui constat. *L.* 5. *infr. de verb. obl.* Et ad conciliandа hæc diu mihi verum esse visum est, quod Duarenus scripsit in commentario ad hunc titulum. *Cap* 3. recte nimirum dici utrumque. Nam & per prætorem reum cogi posse, & per iudicem: sed varie ac diversis temporibus, prout apud hunc aut illum iusiurandum postulabitur. Per prætorem, cum ante litem contestatam iusiurandum exigitur apud eum, ad quem iudicio experiundi caussa ventum erat: nam tum quidem iudex dici non potest, cum lite contestata iudicium esse incipiat. *L.* 1. *C. de iud.* iuncta *L. lite, infr. de usur.* Per iudicem autem, cum lite contestata, ac tum scilicet iudicio & iudice constituto, postulabitur iusiurandum apud eius litis iudicem. Sed re mecum paulo diligentius expensa, reperio 3 vix esse, ut hoc posterius defendi possit. Illud quidem vere dicitur, post litem demum contestatam incipere iudicium & iudicem constitui, & si idem lite contestata cognitionem retineat, qui in iure aditus fuerat experiundi caussa, incipere eum iudicem fieri, qui ante litem contestatam erat prætor aut magistratus, distinctis plane officiis, ut docui ad *L.* 5. *infr. de verb. obl.* Sed non si apud hunc iusiurandum petitur, ideo per hunc reus qui non iurat, cogitur solvere, de quo nunc quæritur. Quin ita vere generaliter definiemus: utcunque postuletur iusiurandum lite contestata: non alius tamen cogit reum solvere, quam magistratus; solus iudex, seu iudex ut iudex, nunquam. Quæ enim hic partes sunt iudicis adversus recusantem? non aliæ, quam ut iudicet. *L. de qua re, supr de iud.* Quod in eo positum est, ut quoniam in hac caussa reum absolvere non debet, eum condemnet, ut solvat. *L.* 1. *infr. de re iud.* Hoc vero non est cogere. Potest enim reus qui condemnatus est, non parere iudicatis. Quod si faciat, restat adhuc, ut sententia mandetur exsecutioni, & quod sponte non facit, id pignoribus captis facere cogatur. At hæc exsequutio solius est magistratus, non iudicis. Argumento est, quod si iudex a magistratu datus sententiam dixerit, non ipse sententiam suam exsequitur, sed magistratus, qui eam dedit. *L. a Divo, §.* 1. *infr. de re iud.* Aut ergo magistratus ipse iudex fuit, & sententiam dixit: & hic

3) Atqui ipse noster ad *L.* 9. *C. h. t. n.* 24. *ac seq.* Duareni expositionem comprobat ita: Prætorem aliter cogere, si apud ipsum in iure delatum est, actionem denegando, vel compellendo ut solvat, remediis prætoriis. Aliter iudicem, si iudicio constituto iurari debuit, condemnando vel absolvendo. Ante enim hanc sententiam ad exsecutionem veniri nequit. Attamen licet salvari ita ea posset interpretatio verb. *per iudicem*, *d. L.* 9. non quod iudex datus exsequatur, sed quia is sua sententia efficit, ut exsecutioni locus fiat; commodius tamen Donellus.

& hic fine dubio fententiam fuam exfequetur magiftratus. Aut ab eo magiftratu, ad quem in ius aditum erat, iudex datus eft, qui & iudicavit: & ne hic quidem alius cogere poteft ad parendum, quam magiftratus, qui eum dedit. Ita fit, ut prout ante litem conteftatam iufiurandum poftulabitur, aut poftea, recte dici poffit iufiurandum poftulari alias apud prætorem, alias apud iudicem; fed cum ad cogendum recufantem reum ventum fuerit, femper cogendi partes fint prætoris, feu magiftratus, cuius exfequutio eft, non iudicis: ut non abs re nec otiofe, fed ἐμφατικῶς nominatim de fe edicat prætor, fe eum qui iurare non vult, folvere coacturum, quo hanc cogendi poteftatem folius prætoris & magiftratus effe intelligeremus. †
5 Cur ergo dicitur alibi cogi reus folvere per iudicem? non fane quia cogatur per iudicem, ut iudicem feu partibus iudicis fungentem; fed quia in ufu veterum primis etiam temporibus, qui iuri dicundo præerant, iidem iudices dicebantur: qui ufus multo magis poftea apud iuris noftri auctores invaluit. Ut prope nihil frequentius occurrat in libris noftris quam iudicis verbum in hac fignificatione, etiam tunc cum iudicis officio non fungitur: de quo alias. Nunc ex innumeris locis paucos indicabo. *L.* 1. *fupr. de iud. L. cum proponas, C. de bon auct. iud. poff. L. qui reftituere, fupr. de rei vindic. L. ult. §. pen. & ult. fup. quod metus cau.* Scilicet quia qui iurifdictioni præfunt, etfi non iudicant femper, præcipue tamen huic muneri præpofiti funt, ut iudicent: quod & ipfi facere intelliguntur, five per fe iudicent, five per iudices a fe datos: nec tunc folum cum iudicant, fed etiam cum quod ipfi iudicarunt, aut iudices ab his dati, ipfi ratum effe iubent reum cogendo & fententiam exfequendo. Sed præcipue in hac recufatione magiftratus, qui reum cogit, iudex non male dici poteft, quia fine caufæ cognitione & velut iudicio ad eam compulfionem non pervenitur. Nam & ante litem conteftatam prætor, priufquam ob recufatum iufiurandum cogat reum folvere, cognofcere debet, iurifiurandi recufandi iufta cauffa fit, an nulla: ut non ante eum cogat iurare aut folvere, quam fi recufandi cauffa iufta nulla fit. Idem & maxime poft litem conteftatam facere iudex debet: cuius fententiam dum poftea exfequetur magiftratus, ipfe quodammodo in fententia iudicis exfequenda, quam probat, iudicis perfonam induere videtur: ut utrobique videatur cogere is, qui idem & magiftratus fit & iudex.

Quam ad rem † cogatur hoe edicto reus 6
qui iurare non vult, iam ante dictum eft, & ex vi relatorum, atque edicti fententia facile intelligitur. Ait prætor, *folvere cogam*. Non folvitur, nifi quod debetur, aut certe pro debito habetur, ut in hac cauffa: nec folvitur nifi ei qui ut debitum petit, cuique petenti deberi in hac recufatione iurifiurandi exiftimatur. Hoc ipfum ergo eft, ad quod reus cogitur ex edicto, ut quod tanquam ab eo debitum petitur, id folvat. Et quoniam edictum patet latius, debetque referri ad omnem reum ex fententia prætoris, ut diximus: fit ut ex mente prætoris omnis præftatio eius quod petitur quavis actione, contineri folutionis verbo, & ad huius rei præftationem reus cogi intelligatur. † Co- 7
gendi ratio ea, quæ præfcribitur in *L. negantes, C. de obl. & act.* non ut vi armata terreatur, qui recufat iurare, fed ut remediis iuris urgeatur ad folutionem. Dictum quidem hoc eft eo loco adverfus eos, qui convicti funt. Sed vel ob hanc ipfam cauffam maxime ad eos qui fine iufta cauffa iurare nolunt, pertinet. Sunt enim & hi pro iudicatis: quippe quos effectum eft haberi pro confeffis. *d. L. manifeftæ, hic.* Confeffi autem in iure pro iudicatis habentur. Remedia porro iuris ad cogendos iudicatos & confeffos quæ fint, notum eft. Ea funt, ut iubente magiftratu pignora capiantur, ac diftrahantur, unde actori fatisfiat. *L.* 1. *L.* 2. *L. ult. de exf. rei iud.* Eadem ergo & hic exfequutio, ac cogendi ratio intelligenda eft. Cum autem huius exfequutionis poteftas tota fit prætoris, eiufve, qui iurifdictionem habeat etiam poft rem iudicatam: merito omnem hanc rei ad folvendum cogendi poteftatem folius prætoris effe antea diximus. † Supereft, videamus 8
de tempore cogendi. In quo diligenti cautione eft opus. Sic enim edictum fcriptum eft, quafi is qui iurare non vult, ftatim folvere cogendus fit: eum ei, a quo iusiurandum petitur, conditio deferatur, ut aut iuret vel iufiurandum referat, aut folvat; ei autem qui priora duo non facit, nihil relinquatur, nifi ut folvere cogatur. Sed hoc non fic accipiendum eft; quin potius fic habendum: 4 five ante litem conteftatam quis recufet iurare apud magi-

4) Ita DD. vulgo, ut recufans habeatur pro confeffo, *d. L.* 38. requiri fententiam iudicis declaratoriam, Lancellot. Conrad. *de Offic. Prat. in cauff. civil. V. Iuramentum n.* 7. Stiat. *Obferv. Pract. C.* 20. *n.* 44. Ex faciunt quæ

giliratum, five lite conteſtata apud indi-
cem: ſemper qui recuſat, prius eſſe da-
mnandum, iubendumque ut ſolvat, & da-
mnato tempus iudicati dandum ad ſolven-
dum. Semper enim meminiſſe debemus,
quodcunque hoc edicto ſtatuatur reme-
dium adverſus eum, qui recuſat iuſiuran-
dum: ſummum tamen hoc eſſe, ut habea-
tur pro confiteute & convicto, unde & ex
edicto ſolvere cogatur. *L. manifeſtæ, hic*.
Quo fit, ut non aliud adverſus eum ob
recuſationem iuriſiurandi ſervari debeat,
quam adverſus confeſſum & convictum ob
manifeſtam confeſſionem. Confeſſus au-
tem in iure, ſive ante, ſive poſt litis con-
teſtationem confeſſus erit, damnandus eſt.
L. 3. L. qui Stichum, infr. de conf. Da-
mnandus igitur prius & is, qui iuſiuran-
dum recuſavit. Atque in eo res ita tranſi-
getur. Ante litem conteſtatam, quo tem-
pore res apud prætorem ſeu magiſtratum
nullo adhuc iudicio conſtituto agitur, ſi
reus iurare nolit, damnandus eſt a præ-
tore, ſeu iubendus, ut ſolvat, & dies dan-
dus ad ſolvendum, qui poſt condemnatio-
nem reis indulgetur. Sic enim fieri debe-
re traditum eſt, ſi debitor in ius vocatus
nondum lite conteſtata apud prætorem fa-
teatur ſe debere, paratumque ſe dicat ſol-
vere. *L. ſi debitori, ſupr. de iud.* tametſi
alibi ſimpliciter ita cautum eſt, confeſſos
in iure pro iudicatis haberi. Lite autem
conteſtata ſi recuſetur iuſiurandum apud
iudicem, ſeutentia a iudice adverſus re-
cuſantem ferenda eſt, qua is damnetur,
idque ordo iudiciorum & officium iudi-
cis exigit. Eſt enim officium indicis poſt
judicium acceptum, ut quibus de rebus
iudex factus eſt, de his re cognita iudi-
cet. *L. de qua re, C. de iud. L. ædi-
les, §. item ſciendum, infr. de æd. ed.*
idque in eo eſt, ut ante dixi, ut reum
abſolvat, aut condemnet. *L. 1. infr. de
re iud.* Et quoniam recuſantem reum in
hac cauſſa abſolvere non poteſt, quippe
qui cogendus ſit ſolvere: reſtat, ut eum
ſententia ſua condemnet. Servaretur hoc
adverſus convictum reum. *d. L. negan-
tes, C. de obl. & act.* ſervaretur, ut di-
xi, & adverſus confeſſum. *d. L. qui Sti-
chum, infr. de conf.* Servandum igitur &
adverſus enm, qui iurare nolens pro con-
victo & confitente habetur.

Niſi prius hæc obſervata ſiut, & niſi
damnatio iſta antecedit, reus qui recuſat
iurare, ad ſolvendum cogi non debet:
duabus de cauſſis. Primum, quod is ita
pro convicto & confeſſo eſt, ut tamen de-
teriore conditione eſſe non debeat, quam
ſi aperte convictus aut aperte confeſſus
eſſet. Deinde quod aliud in hac re ſine in-
iuria rei ſtatui non poteſt. Quid enim,
ſi 5 iuſtam cauſſam habeat iuriſiurandi re-
cuſandi, & prætor aut iudex iniuria eam
non admittat: nonne æquum eſt ei pote-
ſtatem fieri appellandi, ut de ea recuſa-
tione apud alium iudicem diſceptetur, ei-
que ius ſuum integrum ſervetur? † Et ve- 9.
ro appellandi poteſtas nominatim ei facta
eſt lege Iuſtiniani. *L. generaliter, §. ſed
iuramento. verſ. ipſe autem, C. eod.*
Non poteſt autem appellatio interponi,
niſi præcedat damnatio, aut ſententia, a
qua appelletur. Proinde & hanc in hac
cauſſa præcedere oportet. Sed huiuſmodi
ſententia & damnatione admiſſa, a qua
appellare liceat, ubi eſt ea neceſſitas ſol-
vendi quæ edicto conſtituitur, cum ap-
pellatione ſententia & ſimul neceſſitas ſol-
vendi velut reſcindatur? *L. 1. §. ult. infr.
ad Turp.* Et de vi ſententiæ ſuperioris,
tum appellationis iſtius comprehenſum eſt
in *d. L. generaliter, §. ſed iuramento,
verſ. ſin autem, & deinceps, C. eod.* at-
que ita cautum, ut declaretur, nihil utram-
que rem de neceſſitate ſolvendi, quam
prætor conſtituit, imminuere, & nihilo-
minus appellatio ad prohibendam iniuriam
recte ſtatuatur. Primum, quod neceſſitati
ſolvendi edicto introductæ conveniens eſt,
vult Iuſtinianus iudicem ſi exiſtimet iuſiu-
randum non debere recuſari, ſic cauſſam
dirimere, quaſi volente eo ſacramentum
eſſet recuſatum (ſic enim loquitur) ideſt,
quaſi ipſe prius voluiſſet & detuliſſet ad-
verſario iuſiurandum, quod ab eo telatum
nunc recuſaret. Quo ſignificatur, ſi is qui
recuſat, reus ſit, debere eum condemnari
nt ſolvat. Sic enim fieret, ſi referente
actore reus iurare nollet. *L. iuſiurandum
& ad pecunias, §. ult. hic*. Deinde ad-
verſus hanc ſententiam Iuſtinianus appel-
lationem concedit, non tamen adverſus
edictum, ſed maxime ex edicto, quia edi-
ctum non cogit iurare aut ſolvere eum,
qui iuſta de cauſſa recuſet iuſiurandum:
& fieri poteſt, ut hic qui recuſat, iuſtam
aliquam eiuſmodi cauſſam habeat. Hoc
ergo ille ſecutus, hactenus concedit ap-
pellare, ut in cauſſa appellationis non hoc
quæ-

quæ in ſimili, Gail. 1. *Obſ.* 86. *n.* 1. Ant. del Re *de Iuram. cal. Cap.* 14. *n.* 24 *& ſeqq.* Diff Caroc. *Q. principali* 45. Qui in herede quidem iurantis requiri ſententiam ſtatuit, argum. *L. eius qui* 29. *pr. de iur. fiſc.* in ipſo vero iurante non item, tum ob verbum *eſt* præſentis temporis, *d. L.* 38. tum ob eiuſdem verba geminata *manifeſta turpitudinis & confeſſionis*.

5) Quod declarantem vide Borch. *h. t. C. ult. n.* 17. *& ſeqq.* ex quo quædam tranſcripſit Setſer. *Lib.* 4. *Cap.* 9. *n.* 11. *& ſeqq.* Confer. Mynſ. 1. *Obſerv.* 39. *&* 2. *Obſerv.* 14.

quæratur, an reus debeat, qui pro debitore habetur, si iurare non recte recusat; sed an recusandi caussam habeat, an non habeat: ut si comperiatur habuisse, sententia ob hanc caussam infirmetur, & perinde habeatur, quasi iusiurandum ei delatum non esset; si non habuisse: confirmetur prior sententia, ac iuxta edictum reus solvere necesse habeat. Sic & alias ei, qui dum abesset per contumaciam, condemnatus est, permittitur appellare; non tamen ut rescindatur sententia, quam adversus contumaciam latam esse constabit; sed ut hoc quæratur, an absens contumax fuerit, necne, dum se negabit per contumaciam absuisse. *L. & post, §. ult. L. si prætor, supr. de iud.* Atque hæc ita ille fieri vult in hac caussa, ut nolit interea reliquæ caussæ cursum & cognitionem inhiberi. Idemque apertius cavet in *§. his de præsentibus, ea. L.* Cum autem supra scriptæ caussæ recusandi iurisiurandi solum propositæ sint ei, cui iusiurandum defertur, non ei qui desert, & ob eas tantum caussas liceat a superiore sententia appellare: merito Iustinianus ibidem eam appellationem ei, qui ob recusationem iurisiurandi damnatus est, concedit; ei autem qui detulit, denegat: quanquam & huic denegandi in universum optima hæc ratio est, quam & illic adiicit, quod indignum sit quemquam appellatione infirmare velle, quod ipse, ut fieret, procuravit.

10 † Hactenus de reo iusiurandum recusante cautum est edicto. De actore nihil scriptum legimus neque in *L. iusiurandum & ad, §. ait,* ubi tamen refertur edictum ad hanc necessitatem pertinens, neque in *L. delata, C. eod.* ubi de eadem necessitate constituitur ex hoc edicto. An quod nulla hunc cogendi ratio est, nulla adversus eum pœna, si delatum a reo iusiurandum sine caussa recusabit? Sed absurdum esset actori consuli adversus recusantem reum: reo autem adversus actorem recusantem auxilium deesse: cum proniores esse debeamus ad liberandum. *L. Arrianus, infr. de obl. & act.* Qui fit ergo, ut de eo nihil caveatur? Et fieri potest, ut edicto cautum sit, neque exstet fragmentum. Sed ut maxime nihil nominatim de eo cautum sit, ideo factum existimare debemus, quia pœna superiore adversus reum constituta, non fuit necesse: quippe cum ex ea simul de actore facile ac prope sine ullo monitore intelligeretur. Sic enim recte statim colligitur: adversus reum, qui sine caussa recusat iurare, ultro actio est hoc edicto, per quam solvere cogitur: quanto magis adversus actorem, qui iurare nolet, parata esse debet deferenti reo defensio? *d. L. Arrianus, L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* Sed & ratione edicti intellecta, non potuit quid prætor de actore sentiret, esse obscurum. Habet enim edictum, ut dixi, hanc rationem, quod, ut Paulus definit, *manifestæ turpitudinis est & confessionis nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.* Hæc ratio generalis est, nec magis ad reum quam ad actorem pertinet: nam & actor delato sibi iureiurando potest velle non iurare, nec referre iusiurandum. Fingamus ergo id eum facere. Habebit hæc recusatio ex superiore definitione eandem turpitudinem & confessionem: nempe hanc, ut quemadmodum reus, dum sine caussa iurare non vult, hoc ipso fatetur se debere, ac dum pergit verbis id negare, deinceps mentiri intelligitur, idque eo turpius, quia adversus confessionem suam: sic & actor dum iurare non vult, hoc ipso fateri intelligatur se falso intendere sibi deberi, & quia pergit nihilominus ita petere, ideo existimetur & mentiri, & mentiri eo turpius, quia confessione sua, quæ iam ante præsumpta est, refellatur. Quæ ergo adversus hunc pœna est? neque enim adversus eum eadem esse potest, quæ adversus reum ut solvere cogatur: nam quid solvat is, non solum quem constat nihil debere, sed etiam a quo ne petitur quidem, cum sit is qui petat? Pœna erit, quam eadem illa definitio superior ostendit: facit enim definitio, ut & actor, qui iurare non vult pro confesso & convicto habeatur: idest, pro eo, cui sua ipsius confessione nihil debeatur, & cuius non sit, quod petit, etsi utrumque falso intendit. Hinc quæ sit pœna, quæ proprie in eum conveniat, intelligitur. Scimus enim quid iuris sit adversus actorem de intentione sua non probantem: quod multo magis servatur adversus eum, qui a reo convincitur, nullum ius petendi habere. Nempe tum reus absolvitur. *L. qui accusare, C. de ed. L. negantes, C. de obl. & act.* Consequens igitur, ut idem statuatur & adversus eum actorem, qui deferente reo nolet iurare, nec referre iusiurandum, quando & hunc pro convicto habemus, sitque adversus eum hæc pœna, ut reus ab illius petitione absolvatur. Id autem fiet hoc modo varie, prout res ante aut post litem contestatam agetur. Ante litem contestatam si recusat actor iurare apud prætorem, faciet hic prætor, quod est prætoris: denegabit ei actionem. *L. ius-*

iuran-

iurandum & ad, §. *datur*, *hic*, remedium magistratus ad coercendos actores non in hac tantum caussa, sed etiam in aliis proditum. *L. mutus*, §. *pœna*, *supr. de proc. L. sed et si*, §. *ait prætor*, *supr. ex quib. cau. ma.* Lite autem contestata, si reus idem faciat, quia facit apud iudicem: sequetur sententia iudicis, qua reus absolvatur. *d. L. iusiurandum*, *& ad.* Sic enim est officium iudicis, ut sententiam dicat, qua reum absolvat, aut da-
11 moet. *L. 1. infr. de re iud.* † Sed actore iusiurandum recusante, sive et magistratus denegabit actionem agere volenti, sive iudicio iam cœpto iudex reum sententia absolvet: utrumque ita ratum est, ut & actori ab utraque sententia appellare liceat, dum in caussa appellationis hoc solum quæratur, an ille iuste recusaverit iurare, necne; non autem an ipsi debeatur, an non debeatur: ut & in reo servandum esse diximus. *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *vers. sin autem*, *C. eod.* Illud notandum est, ut ei qui ideo victus est, quia iurare noluit, non alia concedatur appellatio, quam quæ exposita est: nihil interesse, utrum delatum a litigatore iusiurandum recusaverit, an a iudice solo delatum in dubiis caussis. Etsi enim alias qui ob hoc posterius ab adversario præstitum victus est, ei licet caussam retractare & appellando, & sine appellatione, novis instrumentis post repertis: *L. admonendi*, *hic:* non tamen idem concesseris ei, qui ob id victus est, quia iusiurandum etsi a solo iudice delatum recusavit. Illi enim nihil potest imputari, quod sit victus: cum eo invito iusiurandum delatum sit, ac præstitum, & inde sententia lata adversus invitum. Huic qui iudice deferente iurare recusavit, eoque victus est, semper duo obiici possunt, quominus ad appellandum admittatur, culpa & confessio. Quod recusat iurare, cum possit, & nulla est caussa recusandi, culpa eius est. Ipsa vero per se recusatio etiam confessionem habet, ut diximus. *d. L. manifestæ*, *hic*.

Sed & reum cogere, ut solvat, & actori denegare actionem, aut a petitione eius reum absolvere, quas pœnas eorum qui iusiurandum recusent, huc usque esse diximus: pœnæ sunt, ut apparet, de eo quod petitur, constitutæ, idest, de re
principali. Quid † fiet de sumptibus, si 12
quos forte pars adversa, quæ iusiurandum detulit, dum ad iurandum adversarium provocat, fecerit? Finge actorem deferre absenti reo, & dum evocatur absens ad iurandum, sumptus in iter factos, evocatum autem cum venire deberet, non venire. Finge esse eum, qui venire non cogatur; ideo missum esse longius ad absentem, actorem etiam esse profectum una, vel procuratorem eius, ut his quæ de iureiurando agerentur, interesset pro ea potestate, quæ illi data est in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*. *C. eod.* Non fiunt hæc interdum sine magnis sumptibus. Quid ergo, si absens cum ad eum ventum est, nec iurat, nec refert iusiurandum? quis salaria apparitoribus, aut ministris iudicis præstita, quis viatica & sumptus in id iter prærogatos præstabit? Idemque licet quærere, si reus præsens actorem absentem, qui per procuratorem litiget, ad iurandum vocet, & eadem, quæ dixi, in hac evocatione fecerit, sic deinde actor non iuret. Et cum verbis edicti de re principali tantum cautum sit, nihil de his sumptibus; existimari potest superior pœna de re principali sufficere. Quod non ita est: semper enim illud tenendum est, sententiam hanc esse edicti, ut qui iurare non vult, ubi ius exigit, is pro confesso & convicto haberi debeat. *d. L. manifestæ*, *hic*. Hæc sententia ut non ad reum solum, sed ad actorem: sic non ad rem principalem tantum, sed etiam ad sumptus litis pertinet, facitque, ut & horum ratio habenda sit adversus recusantem: haberetur enim adversus eum, qui vere convictus esset. Idque & in hac caussa faciendum esse nominatim cavetur in *L. generaliter*, § *his de præsentibus*, *vers. licentia*, *C. eod.* Denique ut nihil aliud cautum esset: tamen quid hic sequi debeamus, satis nos admonet constitutio iuris de hoc genere, qua placet [6] victum victori in expensas quoque esse condemnandum. *L. properandum*, §. *sin autem*, *C. de iud.* Effectum est enim, sive reus recuset iurare, sive actor, semper recusantem vinci sententia iudicis, ut adversus quem sententia feratur. Quare & hic ex superiore constitutione in expensas litis condemnandus est: eaque iam non unius ex litigatoribus pœna est propria, sed

6) Diss. A. Fab. 19. *Err. Prag. 6.* Quia temerarius litigator haberi nequit iureiurando adversarii victus, cum non satis liqueat, an ex defectu iustitiæ caussæ, an peieratione eius, cui detulit, succubuerit. Et debet victori sufficere, quod ea delatione gravi probandi onere relevatus sit. Hoc tamen declarat, nisi qui iuravit, alias etiam vincendi caussas habuerit. Ne alias quivis improbus litigator hoc remedium habeat effugiendi expensarum præstationem, viaque fraudibus aperiatur. Et ita apud suos iudicatum perhibet Faber. Ex quo ad verbum per paginas duas integras omnia transcripsit Setser. *Lib. 4. de Iuram. Cap. 9.*

sed utriusque communis. Etsi ergo is, qui iusiurandum petit, cuius postulatu itur, mittiturque ad absentem, sumptus ad eam rem necessarios facere & prærogare debet rebus integris, ut diximus: tamen si absens evocatus aut non veniet, ubi eum oportebat, aut domi nec iurabit, nec iusiurandum referet, si quidem erit reus: non solum damnandus erit, ut pecuniam solvat, quæ principaliter petitur, sed debebit & in hos sumptus condemnari, etiamsi ante litem contestatam apud magistratum caussa iurisiurandi agetur. Sin actor; præterquam quod ei denegabitur actio de re principali, etiam hæc pœna accedet, ut in has expensas damnetur: multoque magis id tum servabitur, cum lite contestata res agetur apud iudicem, in quo iudicio vere sequitur sententia adversus non iurantem, eaque sententia recusans vere vincitur. Qua ratione idem probandum est adversus absentem, si is referat iusiurandum, & pars, quæ detulerat, iuret præsente iudice: nam & tunc adversus absentem pronunciatur, eoque & pariter vincitur. Quod si absens ad iurandum vocatus ita iurabit, ut eum iurare oportebat: idest, si iurabit aut domi, cum venire non cogeretur, aut cum cogeretur, veniet & in iure iurabit: convertetur ratio adversus deferentem ex supra scripta constitutione, & quos sumptus ad iusiurandum exprimendum fecerit, ipse solus agnoscet, & si quos fecerit adversarius, dum vocatus coactus est venire, illi quoque in hos damnabitur, qui detulit: quia & hic vincitur, sententia pro eo lata, qui iuravit. Ita unus est tantum, qui in has expensas condemnetur, nempe qui vincitur; non is secundum quem pronunciatur. Quid est igitur, quod in *d. L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *vers. licentia*, *C. eod.* ita scribitur: *de expensis in his caussis*, quas diximus, *præstandis officio iudicis trutinandum esse*, *an ab utraque parte*, *an ab altera oporteat eas dependi?* Dictum hoc est, non quia si una tantum pars vincitur ob recusatum, aut ab adversario præstitum iusiurandum, possit unquam aut debeat utraque pars, idest, etiam ea, quæ vincit in expensas condemnari; sed quia potest in una & eadem lite accidere, ut utraque pars ob istas caussas vincatur: ut si de diversis capitulis litigatores invicem iusiurandum deferant, & unus in quo capite iusiurandum ei defertur, aut nolit iurare, nec iusiurandum referre, aut iusiurandum ita deferat, ut eo referente adversarius iuret: alteri vicissim in eo, in quo illi insiurandum delatum est, istorum alterutrum contingat. Idem est, si unus solus de diversis capitulis iusiurandum deferat adversario, & is de uno iuret, de altero aut non iuret omnino, aut eo referente iuret is, qui detulerat. Sic enim eveniet, ut in priore capite sententia adversus deferentem debeat ferri; in posteriore pro eo: idest, ut in priore is qui detulerat; in posteriore adversarius vinci debeat. Iubet ergo lex a iudice expendi, utrum ob recusatum, aut ab adversario præstitum iusiurandum una pars debeat vinci, an utraque; in diversis capitulis tamen utraque: ut si una tantum vincitur, sola ea damnetur in expensas; sin utraque: etiam utraque in expensas damnetur; singulæ tamen in eas expensas, quæ in id capitulum factæ sunt, in quo unaquæque vincitur. In quo an expensarum contributio invicem fieri debeat, etiam iudex æstimabit. Atque hoc est, quod vult constitutio de his expensis officio iudicis perpendi.

CAP.

C A P. XVI.

De appellationibus voluntarii iuriſiurandi, neceſſarii, iudicialis, quid his ſignificetur.

S U M M A R I A.

1. *Voluntarium, quid.*
2. *Neceſſarium, quid.*
3. *Iudiciale, quid.*
4. *Quædam ſententiæ de horum definitionibus notantur,* & num. 5.

HIS cum de vi iuriſiurandi, tum de neceſſitate delati ſuſcipiendi cognitis, iam poteſt intelligi, quod ſit, quod dicitur iuſiurandum voluntarium, quod neceſſarium, quod iudiciale: quæ genera leguntur iſto ordine in *inſcriptione huius* tituli, D. Quorum explicationem ideo in hunc locum reiecimus, quia de his non ante certo cognoſci potuerit, quam neceſſitas deferendi ſuſcipiendive iuriſiurandi, aut libertas quænam eſſet, intelligeretur. Ex ea enim diſtinctione iuris, quæ in hoc genere prodita eſt, hæ appellationes, ut ante dixi, natæ ſunt. Nunc re cognita, nihil negotii eſt, quæ vis his verbis ſubiecta ſit, & quam recte ſint illa impoſita, videre. Mihi vero iis poſitis, quæ ſupra diximus, nihil occurrit in his generibus, cur non maxime retinendum ſit, quod de horum definitione [1] interpretes vulgo tradiderunt, cum ad inſcriptionem huius tituli D tum ad *L. 1. C. eod.* ad *§. item ſi quis poſtulante, Inſt. de act.* & alibi. Ac de duobus dubitari non po-
1 teſt, voluntario & neceſſario. † Voluntarium ita [2] definiunt, quod defertur a parte parti extra iudicium. Et recte dicitur hoc voluntarium, quod eſt eiuſmodi, ut totum ex voluntate litigatorum pendeat. Nam extra iudicium & deferenti liberum eſt a principio non deferre; & ei cui defertur, liberum non ſuſcipere: ut qui ſi cogitur, cogatur per iudicem, ut eſt in *L. delata, C. eod.* Proinde in iudicio,
2 vel iudicio conſtituto. † Neceſſarium [3] eſſe volunt, quod a iudice in dubiis cauſſis defertur. Rectiſſime id quoque. Totum enim hoc a neceſſitate proficiſcitur: cum & qui defert iudex, non deferat, niſi neceſſitate & inopia probationum cogente: *L. 3. C. eod.* & cui defertur, ſubire neceſſe habeat, quia referre non licet. Sed & hoc ſolum eſt neceſſarium: ut non poſſit dubitari, quin recta ſit definitio, quæ definito conveniens alii generi accommodari non poteſt. Quod enim a parte parti defertur, quamvis in iudicio & auctore iudice: nunquam tamen neceſſe eſt id deferre, & delatum poteſt recuſari. Sed de iudiciali dubitari poteſt. † Iudiciale enim 3
id eſſe dicunt, quod defertur a parte parti in iudicio, iudice delationem confirmante. Quæ [4]. definitio bis vitioſa eſſe videtur: & quod plus complectitur, quam definitum, & quod mancam efficit propoſitam diviſionem: ut neque definito conveniat, neque inſtitutæ diviſioni. Plus complectitur, quam definitum: quia neceſſarium illud, quod diximus, non ſolum & ipſum iudiciale eſt, ſed & ex omnibus maxime iudiciale: utpote quod locum non habeat, niſi in iudicio, & iudicio vere iam conſtituto, nec deferatur niſi a iudice, & eo quem proprie ita appellamus. Id vero vel ob id ipſum conſtat a parte parti non deferri. Efficit eadem definitio, ut non ſit plena diviſio ſuperior iuriſiurandi: quia ea definitione recepta, non reperietur, ad quod ex his tribus generibus referri oporteat id iuſiurandum, quod defertur & præſtatur apud prætorem lite nondum conteſtata: ſiquidem prætor qui

1) Ubi Sneidvin. *n* 8. & *ſeqq.* Zaſ. *ad Rub. D. h. t. n.* 7. & *ſeqq.* Coraſ *in L. admonendi* 31. *D h. t P.* 1. *n.* 41 & *ſeqq* Borch *h. Tr. C.* 2. Damhuder. *Praxi. Civ. C.* 179. Beuſt. *ad Rubr D. h. t. n.* 51. & *ſeqq.* Gilken. *ibid. n.* 14. Weſ *in Par. D. h t. n.* 7. & 8

2) Quod ex mera voluntate partium proficiſcitur, & ab initio ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt, Beuſt. *ad Rubr. D. h. t. n* 53. Borch. *d C.* 2 *n.* 6.

3) Ita fere Sich *in Rub. C. h. t. n.* 10. & 2. *ſeqq.* Marc. de Mantua. *Sing.* 353. Marnnta *Speculi Parte* 6. *Actu* 9. *de Iuram. n.* 2. Quod dicatur ſic: (1) Reſpectu cauſſæ, quæ aliter expediri nequit ob probationum inopiam. (2) Perſonæ, quæ ſubire cogitur. (3) Iudicis, qui quando non defert, vel ſine cauſſa defert, litem facit ſuam, Beuſt. *ad Rubr. h. tit. n.* 82. & 2. *ſeqq.* & *ad L. admonendi* 31. *n.* 159. & 2. *ſeqq.* Iac. Ebert. *Tract. Ethic. de Iuram. tit. de ſpecieb. Iuram pag.* 26.

4) Ita fere arguit Cuiac. qui diſſentit *in Par. h. t.* & *ad L.* 1. *C. h. tit.* & 4. *Feud.* 36 ac Vult. *Diſcept. Schol. C.* 7. *pag.* 70. & ſeq. *Anne, ait* Cuiac. *ſolus locus iudiciale faciet iuſiurandum, quod a parte in iudicio; locus autem ſimul & perſona iudicis non faciunt.*

cogit præstare, non est iudex, nec defertur id iusiurandum in iudicio, cum iudicium incipiat ex litis contestatione. Unde lis contestata & iudicium acceptum pro eodem *L. cum fundus, supr. si cer. pet. L. illud, infr. de hered. pet.* Ita erit hoc genus in superiore divisione prætermissum. Sed hæc movere nos non debent, quominus iudiciale in divisione superiore id esse intelligamus, quod diximus. Ex his enim quæ docuimus, constat, cum de libertate aut necessitate iurisiurandi quæritur, ita ius esse: ut sit quoddam plane voluntarium iusiurandum; quoddam necessarium; quoddam neque omni ex parte necessarium, neque rursum omni ex parte voluntarium, sed interiectum genus, & velut mixtum ex utroque. 5 id autem est, quod a parte parti in iudicio defertur. Hac parte voluntarium est, quod licet non deferre, & delatum licet non suscipere, quoniam id referre permittitur. Rursum hac parte est necessarium, quod si is cui defertur, id referre nolit, necesse habet iurare; ut merito hoc genus a voluntario & necessario distinguatur. Id si locum non habet, nisi in iudicio, & non nisi auctore iudice defertur ac valet: negari non potest quin recte iudiciale appelletur. At enim non est solum iudiciale. Non est re vera, si per se iudiciale spectetur, quæraturque in universum, quid sit iudiciale. Sed in hac divisione solum est, quod ita vocetur. Cum enim ex tribus generibus prius positum sit iusiurandum necessarium, huic autem deinde subiiciatur tertium iudiciale: non potest hoc iudiciale aliter accipi, quam ut intelligatur iudiciale non necessarium, seu quod ita iudiciale est, ut non sit necessarium: siquidem & necessarium iudiciale est. Porro definitur hic iudiciale non quodcunque tale est, sed solum quod in hac divisione ita dicitur. Neque vero novum est, 6 ut quod per se generis est nomen, id in divisione positum, speciei nomen obtineat: quod tum præcipue intelligitur, cum alii speciei, quæ sub eodem genere est, opponitur, ut hoc loco. Sic adoptionis verbum idem & generis nomen est, & speciei in eadem divisione, cum adoptio genus dividitur in arrogationem, & adoptionem: ubi posteriore verbo necesse est intelligi adoptionem, quæ specialiter ita dicitur, nempe eam, quæ non est arrogatio. *L. 1. supr. de adop.* Idemque fit in actionis & cognationis verbo, aliisque innumeris similibus. *L. iurisconsultus, §. 1. infr. de grad. & aff. L. pecuniæ, §. actionis, infr. de verb. sig.* Denique sic recte dixerimus, omninoque superior divisio ita accipienda est, quasi dictum esset duplex esse iusiurandum: extraiudiciale, & iudiciale. Extraiudiciale totum esse voluntarium. Iudiciale non item: neque id tamen esse unius generis, sed partim esse necessarium; partim id quod specialiter dicitur iudiciale, idest, ita iudiciale, ut non sit necessarium: eiusmodi tamen, quod necessitatis partem aliquam habeat, non ut illud extraiudiciale nullam. Quæ deinde genera si inter se coniungantur, efficiuntur illa tria, quæ proponuntur in *inscriptione*, voluntarium, necessarium, iudiciale. Adde his superiores definitiones: tum definitiones rei propositæ explicandæ, & verbis ipsis convenientissimas esse dixeris. Nec cum isto modo iusiurandum iudiciale definierimus, ideo quidquam deerit in divisione iurisiurandi ad necessitatem eius exponendam. Nam & quod prætore cogente seu imminente præstatur ante litem contestatam, iudiciale non male dicatur: siquidem & prætor dicitur iudex, ut proximo capite ostendimus, & maxime ita dici cœpit omnis qui ius dicit, posteriorum Imperatorum temporibus, ut Constantini: quomodo usurpari constat in optima eius lege *L. lex quæ, C. de admi. tut.* præsertim autem Iustiniani, & compositorum iuris, a quibus verisimile est has appellationes esse inductas differentiarum iurisiurandi magis notandarum caussa, cum hæc verba apud iuris auctores sub his titulis nusquam occurrant. Compositores autem more suis temporibus recepto locutos esse credi par est. Quod autem hic defertur iusiurandum ante litem de re contestatam, non proprie fortasse dicatur deferri in iudicio, cum iudicium adhuc constitutum non sit: defertur tamen iudicio instituto, quia actio instituta erat apud prætorem. Sed & prætor de caussis recusandi iurisiurandi cognoscit: atque hactenus in hac re iudex est. Et quod iubet, ut iuretur, quia caussa cognita facit, ac nisi iuretur damnat; recte in eo sententia dicatur, & iudicium. Ten-

5) Ita Donel. *ad Rubr. C. h. t. n.* 8. Genus mixtum. Si deferentem spectamus, voluntarium; Sin eum cui defertur, ex parte necessarium. Et minima in hoc pars necessitatis est in eo, quod cui defertur, referre saltem cogitur, *ibid. n.* 13. Et ita Duar. *in Poster. Com. h. t. C.* 2. quadantenus voluntarium, quadantenus necessarium.

6) Recte. Quomodo non obstat, quod & iudiciale ex voluntate partis deferatur. Nam cum præter illam aliquid accedat, merito potius iudiciale vocatur, sicuti contractus, in simili, qui præter consensum aliud exigunt.

Tentari potest ad hæc vitanda, num 4 recte † dicturi simus, 7 duo tantum in hac divisione genera proponi, quæ suis nominibus recte designentur, & re inter se contraria, bene & ex legibus rectæ divisionis inter se opponantur: voluntarium nimirum & necessarium; quod autem in divisione adiicitur iudiciale, non tertium id genus esse, sed unum & idem cum priore, tantumque additum hoc verbum, quo explicetur, quod sit illud necessarium, quod prius nominatum erat: id enim solum necessarium est, quod iudiciale: & omne iudiciale est necessarium aut absolute, aut aliquotenus. Itaque illa verba inscriptionis, *sive iudiciali*, ἐπεξηγητικῶς accipienda, ut sit sensus inscriptionis, quasi ita scriptum esset, *De iureiurando, sive voluntario, sive necessario, sive* quod idem valet, *iudiciali*, habet enim particula, *sive*, hunc usum sæpe apud auctores: ut in illis inscriptionibus Ciceronis, Cato *seu* de Senectute: &, Lælius, *seu* de Amicitia. Sed admitti hic usus potest alibi: & quidem posset hoc loco, si ita scriptum esset: *De iureiurando voluntario, & necessario, sive iudiciali*. Ut autem inscriptio concepta est, non potest huic loco interpretatio convenire. Tribus enim membris inter se distinctis, repetitur hæc particula, *sive*, in singulis hoc modo: *De iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali*. Cum repetatur in omnibus uno modo, nec quidquam adiiciatur, quo significetur eam in uno aliud notare, quam in alio: est aperte contra sententiam scriptoris in tertio eam aliter accipi, quam in duobus prioribus. At in illis constat disiunctivam esse distinctionis, non enarrationis caussa positam. Neque enim aut voluntarium idem significat, quod necessarium; aut necessarium idem est, quod voluntarium. Erit igitur & disiunctiva in tertio, non ea quæ membrum prius interpretetur. Et omnino hic sensus est: agitur hic de iureiurando, sive id erit voluntarium, sive necessarium, sive erit iudiciale: utque hæc verba, *sive necessario*, non sic interpretamur: sive, quod idem est, necessario: sic nec illa, *sive iudiciali*, sic interpretari possumus; sive, quod idem est, iudiciali. Sed & ex hac interpretatione divisio vitiosa inducitur. Nam si iusiurandum tantum duplex est, voluntarium & necessarium: omissum est id, quod a parte parti in iudicio defertur. Aut si iudicialis verbo id complecti volumus, & iudiciale idem est necessarium: eveniet, ut hoc quod defertur a parte parti in iudicio, vocemus necessarium, quod non est: & ad unum genus ex illis duobus id potius referamus: cum tamen non magis sit necessarium, quam voluntarium; nec magis voluntarium, quam necessarium.

Sunt, † qui 8 genera ista tria ita di- 5
stinguant, ut dicant id esse voluntarium, quod ex consensu litigatorum defertur, de quo in *L. 1. C. eod.* Necessarium, quod defertur ab uno ex litigatoribus alteri invito, quia id necesse sit suscipere, aut referre. *L. manifestæ, hic*. Iudiciale id, quod defertur a iudice. Quarum definitionum nulla probanda est; quædam etiam valde reprehendendæ. Voluntarium est, inquiunt, quod defertur ex consensu. Aut hæc definitio communis est cum iudiciali & necessario iureiurando; aut plane solius iurisiurandi necessarii, non etiam voluntarii. Nam si intelligimus deferri ex consensu, cum volens volenti & ultro suscipienti defert: etiam id quod iure necesse est suscipere, erit interdum voluntarium: quale est, quod in iudicio vel a iudice, vel auctoritate iudicis defertur: fieri enim potest, ut qui id defert, deferat volens, & simul cui defertur, volens ac libens suscipiat, ideoque deferatur præsteturque ex consensu. Neque tamen id voluntarium dixeris, quod iure necessario imponitur. Non igitur hæc definitio soli voluntario convenit, nec voluntarium iusiurandum metiendum est ex hoc consensu. Et res sic habet: voluntarium aut necessarium iusiurandum ius facit, non solius deferentis & suscipientis consensus. Quod defertur in iudicio, potest suscipi a volente: sed non eo minus suscipitur necessario, nisi referatur, quia ius suscipi iubet. Sed & quod defertur extra iudicium, etsi defertur præstaturque consensu litigatorum: non tamen ideo voluntarium, quia præstitum est ex consensu; sed quia iure fit, ut voluntate præstetur,

7) Ita Forcat *Dial. Necyom.* 54. *n.* 1.

8) Cuiac. & Vult *ut sup. N.* 4. Necessarium vocant, quod refertur, quia hoc recusari nequit. Et hoc facit Vulteius speciem conventionalis: Id vero dicit, quo ex pactione litigantium deciditur controversia; iuxta *L.* 1. *h. t.* & *in ead. L.* 1. Id quod ex auctoritate iudicis accipit, id quod caussa cognita per iudicem alteri, invito plerunque altero, defertur. Et ita quod Doo & DD vulgo Necessarium, id iudiciale cum Græcis vocant Cuiac. *&* Volt. et *&* Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. C.* 72. Quod & refellit Borch. *h. Tr. C.* 25. *n.* 9. *& seqq.* Putantque isti ad extraiudiciale hunc Tit. non pertinere. Quod id litem non terminet. Lis enim est, aiunt, ut primum in ius ventum vel in iudicium &c. Cuiac. *ad L.* 1. *C. h. t.*. Et in *LL. h. tit.* nunquam mentio controversiæ, nisi cum aliqua adiectione, ex qua appareat, non quamvis intelligi, sed quæ in iure, aut iudicio iam versetur, Vult. *d. Cap.* 7. *p.* 67. *col.* 2.

ftetur, si quis præftet; contraria autem voluntate impune recufetur, ut ante oftendi. Quod fi intelligimus deferri ex confenfu, cum defertur uni ex conventione, ideft, ei de quo convenit prius inter litigatores, ut iuraret: iam id iusiurandum neceffarium eft, quod definiunt, non voluntarium. Conventio enim neceffarium facit, quod fine conventione iure voluntarium futurum erat; quando ex conventione delatum nec recufari poteft, nec referri. *L. iusiurandum quod ex conventione, hic.* Quid eft autem, quod dicunt neceffarium effe, quod a litigatore defertur alteri invito? Si extra iudicium, ut complectitur definitio: quid magis falfum: cum, ut dixi, ibi liberum fit non deferre, & ei cui defertur, liberum non fufcipere? Imo, inquies, qui iurare non vult, is iurare, aut folvere, nifi referat, cogitur. *L. iusiurandum & ad, §. ait, hic.* Meminerimus hoc fieri per iudicem, aut per prætorem, cum iudicio inftituto ad eum in ius ventum eft, & ibi eo auctore iusiurandum defertur. *L. delata, C. eod. d. §. ait,* Quo fit, ut ante nihil noceat recufaffe, eoque nec ulla ante fuerit neceffitas fufcipiendi. Quod fi defertur iusiurandum in iudicio: tamen ne fic quidem neceffarium eft, quod a litigatore litigatori defertur. Nam quomodo neceffarium, quod nec defertur neceffario, nec neceffario fufcipitur, cum poffit ex edicto referri? *d. L. iusiurandum & ad, §. datur, hic, d. L. delata, C. eod.* Nihilo rectius faciunt, cum iudiciale definiunt, quod defertur a iudice, & diftinguunt a neceffario. Quod defertur a iudice, eft id fine dubio iudiciale; fed non folum. Nam & illud iudiciale eft, quod a parte parti in iudicio defertur, cui locus non eft, nifi in iudicio: quod idem ut valeat, non nifi a præfentia & auctoritate iudicis accipit. Huic autem fuperior definitio convenire non poteft. Illud non eft ferendum, quod ipfum illud iudiciale, quod definiunt, ideft, quod a iudice defertur, feparant a neceffario: quafi quod a parte parti invitæ defertur, neceffarium fit (fic enim prius neceffarium definierant) quod autem defertur a iudice, non fit neceffarium: quod longe aliter fieri oportuit. Nam etfi in eo, quod defertur a parte parti, effet aliqua neceffitas fufcipiendi: tamen omnes concedent, in quo iureiurando maior neceffitas fit, & quidem prope abfoluta utrinque, id multo magis neceffarium appellari debuiffe. Id autem eft illud, quod defertur a iudice, ut ante docui, & de quo inter omnes convenit. Quare aut id folum, aut certe præcipue debuit neceffarium nominari. Nec recte defenditur, quamvis utrumque iudiciale fit: licere tamen nomen iudicialis fpecialiter attribui ei, quod a iudice defertur: quia prius diximus, cum utrumque iudiciale effet, tamen iudicialis nomen fpecialiter uni generi effe tributum. Conveniebat enim id quod defertur a iudice, a præcipua parte & propinqua cauffa nomen accipere. Præcipuum autem & propinquum, quod fpectandum eft in hoc iureiurando, eft neceffitas illa deferendi & fufcipiendi, de qua hic quæritur. Unde & ex ea neceffarium nominatum potius, quam verbo generis iudiciale ante diximus. Quæ cum ita fint, fuperiores iftorum generum definitiones retinendæ videntur.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.

AD TIT. DIG. DE IN LIT. IURANDO.

Iuſiurandum in litem quid ſit: eius ſpecies, cauſſæ, & effecta.

S U M M A R I A.

1. *Iuſiurandum in litem quid a generibus ſuperiore titulo expoſitis differat.*
2. In litem iurare, *quid: & cur ita dicatur,* & litis *verbum quid hic ſignificet.*
3. *In litem iuſiurandum quibus in cauſſis receptum ſit, ſeu quæ eius ſpecies.*
4. *Species iuriſiurandi in litem conſtituta* L. ſi quando, C. unde vi; *& eius æquitas expoſita.*
5. *Iuſiurandum in litem de æſtimatione rei, quam rem prius deberi conſtet, eſt id, de quo ſub hoc titulo* De in litem iurando *agitur.*
6. *Hoc iuſiurandum duplex, ex affectu, & quanti res eſt: ſed illud per excellentiam abſolute* in litem *uſitatius dici.*
7. *Iuſiurandum in litem ex affecta quando admittatur, & quibus ex cauſſis, tum eius æquitas.*
8. *Iuſiurandum in litem, quanti res eſt, quando recipiatur, & eius æquitas.*
9. *Iuriſiurandi in litem vis, poſtquam de æſtimatione iuratum eſt.*

EX iis duobus generibus iuriſiurandi, quæ ad litis deciſionem ſpectare diximus ſuperiore Titulo. *Cap.* 2. hactenus de eo dictum eſt, in quo ſola litis deciſio quæritur, non ullum delictum adverſarii vindicatur. Erat alterum, quod & ipſum ad litis deciſionem pertinens, maxime tamen ob delictum interponitur, ac pœnæ cauſſa, ideſt, huius ipſius delicti coercendi cauſſa introductum eſt. Pœnæ cauſſa interponitur iuſiurandum, cum actore nihil probante, tamen huius iuriiurando res committitur invito reo, non propter ſolam inopiam probationum, ut fit alias in dubiis cauſſis, de quo in *L.* 3. *C. de reb. cred. & iur. & L. admonendi, ſupr. de iur.* Sed quia maxime hoc meretur rei delictum, ut res adver-
1 ſus eum ita tranſigatur. † Hoc iuſiurandum, ſi quod huiuſmodi receptum ſit iure, a ſuperiore multum diſtare manifeſtum eſt. Nam & voluntarium, & iudiciale, quæ diximus, non niſi poſtulante adverſario delata valent, & pariter tam reo, quam actori deferri poſſunt: hoc autem de quo loquimur, a iudice ſolo defertur invito adverſario, & defertur ſoli actori nec probanti. Sed & illud neceſſarium, ſeu id quod ad litem decidendam in dubiis cauſſis adhibetur, etſi a iudice ſolo defertur, & adverſario invito: tamen ſolam litis deciſionem propoſitam habet, adhiberurque ideo, quia de re dubia aliter facile explicari a iudice, & iudicari non poteſt; non etiam exigitur ob ullum delictum alterius partis. Unde non minus reo defertur, quam actori; imo frequentius deferri ſolet reo, ut ſuo loco docuimus. Hoc autem ex delicto rei proficiſcitur: unde & rei coercendi cauſſa non defertur, niſi actori. Eſt vero hoc quoque genus receptum iure civili, eſtque id iuſiurandum, quod appellatur in litem, de quo hoc titulo: ut recte atque ordine hic Titulus tanquam de altera ſpecie eiuſdem generis, ſuperiori ſubiungatur.

Ac de re & iure poſtea: prius † de 2
nomine, & quid ſit hoc, *in litem*, videamus. Neque enim huius verbi ſignificatio ſatis expedita eſt. Hoc de uſu iuris auctorum conſtat, *iurare in litem* in

in usu iuris esse, iurare in litis æstimationem, iureiurando litem æstimare, seu iurare, quanti litem æstimes. Ubi litem accipere debemus, rem de qua lis & controversia est. Utrumque pene expressit Ulpianus in *L. 1. hic. Crescere potest*, inquit, *condemnatio in iudicio per iusiurandum in litem*, & hoc ita explicat: *nec res*, inquit, *pluris fit per hoc, sed æstimatur ultra rei pretium*. Quam prius *litem* dixerat, nunc *rem* nominat: & per hoc iusiurandum in litem, aperte rem quæ in iudicium deducta est, æstimari dicit. Idem in L. 3. *nummis depositis*, inquit, *non oportet in litem iusiurandum deferre*; & hoc *in litem* interpretatur de nummorum petitorum, idest, rei in iudicium deductæ æstimatione. Addit enim, *ut iuret quisque, quod sua interfuit, cum certa sit nummorum æstimatio*: quasi diceret, cum iusiurandum in litem pertineat ad statuendam & certam efficiendam rei æstimationem, non recte adhibebitur in nummis depositis, cum eorum æstimatio inter omnes certa sit. Idem in *L. 4. § 1. hic*. de iureiurando in litem loquens: *non enim*, inquit, *ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est, sed ad domini*. aperte nominat iurisiurandi æstimationem, ut intelligatur non esse hoc iusiurandum, nisi de æstimatione. Marcianus in *L. 5.* cum dixisset in certis iudiciis in litem iurari, subiicit statim: *sed iudex potest præfinire certam summam, ad quam usque iuretur*. Est igitur hoc iusiurandum de summa, in quam iuratur, nec potest hæc summa esse, nisi quæ liti & iudicio congruat, idest, æstimatio litis, seu rei in iudicium deductæ. Quod apertius paulo post ostendit. Ait enim: *sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam. Hanc enim iudex æstimat*. Quod perinde est, ac si dixisset, etiam iureiurando in litem rem æstimari non secus, quam cum culpa æstimatur; sed inter utriusque rei æstimationem hoc interesse, quod hic rem iudex æstimat; illic alius, nempe actor, cuius iuriiurando res subiicitur. Et in extremo: *interdum*, inquit, *in actione stricti iudicii in litem iuratur: veluti si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit: quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest rem, quæ non extat*. Defert ergo iudex iusiurandum in litem, ut ex eius delatione possit rem æstimare. Hoc ex delatione huius iurisiurandi facere iudex non potest, nisi ipsum iusiurandum sit de æstimatione: quam ille deinde in condemnatione sequatur. Nam si actor de re tantum iurat, nihilo magis potest res æstimari ex eo iureiurando, quam si omnino iuratum non esset. Et quidem tunc, cum dicitur rem æstimari, aut reum condemnari, *quanti in litem iuratum est*, aut iurari in litem, *quanti actoris intersit*, ut in *L. 3. L. tutor. L. pen. infr. hoc tit.* & alibi sæpe: non mirum, si his verbis intelligimus litem seu rem æstimatam, ut explicatur in *d. L. tutor, hic*. Id enim facit verbum *quanti*, etiamsi simpliciter dictum esset, iuratum esse, quanti interest, aut reum damnari, quanti iuratum est, nec adderetur in litem: quoniam verbum *quanti* ad quantitatem & æstimationem, in quam iuratum est, refertur. Sed quamvis nulla quantitatis mentio fiat, sed solum dicatur iuratum in litem: hoc ipso non in corpus & rem aliquam, sed in litis & rei æstimationem iuratum veteres significant, ut superioribus locis indicatur. Sic in *L. 5. §. præterea*, supr. ad exhib. *Præterea, inquit* Ulpianus, *in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante*. Ubi non dicit, per iusiurandum in litem de æstimatione, sed simpliciter per iusiurandum in litem; & tamen hanc ipsam æstimationem contineri intelligit: quod aperte significat, cum subiicit, iudicem huius iurisiurandi quantitatem taxare. Sed & in constitutionibus, quæ extant sub Tit. *de in lit. iur. C.* passim hæc verba absolute posita eodem sensu usurpantur. Ut in summa veteribus nihil aliud sit iurare in litem, quam quod diximus, iurare in litis & rei in iudicium deductæ æstimationem. Non abs re est, quod in hoc demonstrando paulo pluribus immoror. Nam ut est verborum significatio, nihil in hoc usu atque hac definitione videtur verbis convenire, quid enim minus convenit, quam *in litem* interpretari in litis æstimationem: cum longe aliud sit res aliqua, & aliud huius rei æstimatio? Est hoc quidem in verbo litis, ut iuris auctoribus non tantum significet controversiam, quod proprie significat: sed etiam rem de qua lis est. Figura omnibus linguis usitata, qua usurpatur continens pro contento, lis pro re, quæ in lite versatur. Significatio in his notissima, cum dicimus, litem alicui æstimatam, aliquem litis æstimationem sustulisse: quæ passim in libris responsisque veterum occurrunt. In quibus constat intelligi rem, de qua controversia est, æsti-

ma-

matam: rei de qua lis eſt, æſtimationem ab aliquo ſolutam, ut inter innumeros locos ex his patet. *L. ſi propter, infr. rer. amot. L.* 2. *in fin.* & *L.* 3. *infr. pro em. L. nec ullam*, §. *pen. ſupr. de pet. her.* Itaque & uſu veterum & ſignificatione verbi conſentiente ferri poteſt, ut iusiurandum in litem vocemus, quod ſit in rem, ſeu de re, de qua iudicio agitur. At illud quomodo poteſt recipi, ut *in litem* interpretemur in litis æſtimationem? Nam ſi maxime diverſa ſunt, res aliqua & eius rei æſtimatio: neceſſe eſt itidem maxime diverſa videri, litem, & eius litis æſtimationem, ubi lis pro re, de qua lis eſt, accipiatur. Et neceſſe eſſet ita videri, ſi lis ſignificaret omnem rem, de qua lis eſt: quo ſenſu quodcunque iusiurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem, quacunque in re, & quacunque in controverſia interponeretur. Sed apparet veteres in huius iurisiurandi appellatione verbum totius tribuiſſe præcipuæ parti litis per excellentiam: ut litem dicerent id, quod eſt quidem in lite, ſed quod eſt ſummum ac præcipuum, & ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem eſt damni aut amiſſi lucri æſtimatio, quam actor iudicio conſequi contendit. Quo fit, ut ex hac parte, atque hoc effectu, qui maxime lite petitur, & in lite verſatur, iusiurandum in litem dictum ſit, quod eſſet in ipſam litis, & rei in iudicium deductæ æſtimationem.

3 Ac de verbo ſatis, iam de † re ipſa dicamus. Et cum hoc iureiurando conſtituatur actor iudex in cauſſa ſua invito reo, quod genere ipſo iniquum eſt: *L. Iulianus autem*, 16. *ſupr. de iud. tit. C. ne quis in ſua cau. iud.* certum eſt, iusiurandum eſſe eiusmodi, quod temere non fuerit admittendum. Sed quod regula iuris optime traditur, id in hac re, ut & in aliis omnibus valet: etſi nihil facile immutandum eſt ex ſolemnibus: tamen ubi evidens æquitas poſcit, ſubveniendum eſt. *L. etſi, infr. de reg. iur. L. pen. ſupr. de in int. reſt.* Quam ob cauſſam & hoc iusiurandum quibuſdam in cauſſis æquitate ita exigente receptum eſt. Receptum eſt autem alias de rebus, quæ amiſſæ dicuntur, nec amiſſæ probantur, ſimul & de earum rerum æſtimatione; alias de ſola æſtimatione rei petitæ, quam rem prius deberi, aut præſtari debere convenit. † Prius introdu-
4 ctum eſt conſtitutione Zenonis adverſus eum, qui vi aliquem de poſſeſſione deiecit. *L. ſi quando*, *C. unde vi.* Nam ſi is, qui deiectus eſt, quædam in ea vi ſibi erepta, aut amiſſa, aut corrupta eſſe dicat, & damnum ad certam ſummam æſtimet: placet huic iuranti credi non ſolum de æſtimatione earum rerum, quas prius fuiſſe, ac per vim amiſſas eſſe conſtabit; ſed etiam de ipſis rebus, numero & conditione earum, quamvis aut non doceat ſe prius habuiſſe, aut cum haberet, per eam cauſſam amiſiſſe: & in ſumma credi actori, ſe ad hanc aut illam ſummam damnum paſſum eſſe iuranti, & ut nunc loquimur, litem iureiurando tanti aut tanti æſtimanti; cum hoc tamen temperamento, ut iudex pro perſonarum & negotii qualitate taxet certam ſummam, quam actori iurando excedere non liceat, ne per hanc occaſionem in infinitum iuretur. Ius in hac cauſſa optima ratione conſtitutum. Nam exigere ab actore, ut res, quas dicit, ſe amiſiſſe probet; nec aliter illi, quam idonee probanti damnum præſtari velle, nihil aliud eſt, quam cogere eum res illas amittere. Quomodo enim facile probet teſtibus, quæ res ibi, unde deiectus eſt, fuerint: cum res quiſque privatas ſecretas habere ſoleat: certe non ſoleat ad eas cognoſcendas teſtes accerſere? Et ut forte ſe res ibi habuiſſe, & quas habuerit, probare poſſit; tamen illud facile non poſſit probare, ſe eas per vim & illam iniuriam amiſiſſe: cum qui vim adhibebant, ſoli fuerint, & alios teſtes vi removendo omnem probandi facultatem deiecto ademerint. Eum vero qui deiectus eſt, cogi res ſuas amittere propter delictum prædonis, nimis grave & aperte iniquum eſt. Quapropter hoc ſupererat, ut ipſi de his rebus affirmanti crederetur potius, quam propter alienam iniuriam de iis rebus in diſcrimen veniret. Nocet hoc quidem invaſori; ſed impunita maleficia eſſe non oportet. *L. ita vulneratus, in fin. ſupr. ad leg. Aquil.* & ſi alterutri factum nocere debet, æquius eſſe auditori ſuo, quam adverſario nocere. *L. factum cuique, infr. de reg. iur.* Et tamen quia ſimpliciter affirmanti credi parum tutum fuit, & cum nonnulla iniuria rei coniunctum: ideo hac quoque parte conſultum eſt reo, & cautum, ut iuranti quidem, attamen non niſi iuranti fides haberetur. Eſt autem hoc etiam iusiurandum in litem: ne quis id forte ab hoc genere excludat, quia ſub hoc titulo ſuperiorem conſtitutionem relatam non videt. Summa enim iurisiurandi huc redit, ut iuretur in damni æſtimationem, & ut conſtitutio loquitur, *ut actoris ſacramento æſtimatio rerum quas perdidit, mani-*

manifestetur. Sed qoia conftitntio iusiurandnm illnd in litcm, de quo hic agitur, mulio post fequuta est, & ad vim coercendam pertinet, ideo potius in titulum, *Unde vi, C.* relata videtur.

5 De aestimatione † rei petitae, quam rem prius praestari debere constat, iusiurandum in litem vetus est, estque id quod hoc titulo explicatur. Huic locus est in iudicio de re principaliter petita, quam cum dari, tradive, aut restitui, vel exhiberi debere constet, tamen dolo aut culpa adversarii non praestator. Nam adversus eum, qui eam rem non praestet, ubi res manu militari ei non auferatur, ut aliquando aufertur in rei vindicatione: *L. qui restituere, supr. de rei vind.* nihil relinquitur, nisi ut res aestimetur, damneturque reus in eam aestimationem. Idque ita iure observatur: maxime qoidem, cum res exstat. *d. L. qui restituere, de rei vind. L. tutor, h. tit.* Sed non minus & cum desiit exstare, si quidem post moram rei perierit. *L. in re furtiva, infr. de cond. fur. L. item si verberatum, § ult. supr. de rei vind.* Ita in hac recusatione adversarii hoc evenit, ut de aestimatione rei petitae quaerendum sit: qua in quaestione maxime iusiurandum versatur. Non continuo tamen, ut in hac recusatione de rei aestimatione quaeritur, ita etiam committitur haec aestimatio iu-
6 riiurando actoris. † Duplex hic aestimatio adversus frustratores reos actori concessa est, in quam & iuratur, atque ex ea & de iureiurando in eam admittendo varie statuitur. Interdnm ob rem non praestitam permittitur actori rem aestimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc aestimationem reus condemnetur. *L. 1. L. tutor, hic*. Alias aestimatur res ex vero, seu quanti est, ut non amplius sententia iudicis praestetur: *L. 2. §. 1. hic*. quae & solemnis atque usitata rerum aestimandarum ratio est. *L. pretia, infr. ad L. Fal. L. si servum, supr. ad leg. Aquil.* Cumque in utramque aestimationem iusiurandum receptum sit, hinc & duplex in litem iusiurandum natum est de aestimatione rei petitae, de qua nunc agimus. Unum, quo iurat actor, quanti rem aestimet ex affectione: quod saepe pretium excedit. *d. L. 1. hic*. Alterum quo iurat, quanti sua vere intersit. *d. L. 2. §. 1. L. 5. in fi hic*. Quae genera ita notantur a veteribus, ut prios vocetur iusiurandum, *quanti in litem iuratum est*. posterius id, quo iuratur, *quanti res est*, seu *quanti interest*: quibus verbis vera aestimatio significatur. *d. L. 2. in fin. L. tutor, hic*. Genera ob eam caussam ita distincta, ut haec ab illis tanquam contraria statuantur. *d. L. tutor, hic, L. non a iudice, supr. de iud.* Utrumque tamen in litem. Nam etsi maxime ac praecipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium aestimat, ut saepe per antonomasiam ita dicitur, ut in *L. 1. L. 5. L. vulgo, hic*. tamen nihilominus & alterum in litem dicitur, qnia est in litis aestimationem. *L. in actionibus, 5. vers. plane, & L. seq. hic*. Prius affectionis; alterum veritatis vulgo nominatur. Hoc intellecto, hoc dicimus, ut est ista aestimatio, ita & iusiurandum in eam aestimationem dissimiliter admitti. Cum prior aestimatio conceditur actori, id ita fit, ut semper haec committatur eius iurisiurando. Nam cum aestimatio ex actoris arbitrio & affectione pendeat, ot non possit aliorum iudicio vel testimonio confirmari: necesse est eam, si permittatur, aut soli illius affirmationi permitti, aut iuriiurando. Soli affirmationi credi iniquum, neque etiam placuit. Restabat igitur, ut non nisi iuranti crederetur. Ita semper huic aestimationi adiunctum est iusiurandum. Sed non semper illa aestimatio recipitur: est enim gravior, quam ut eam facile concedi oporteat, proinde nec semper ipsum iusiurandum, qno in eam iuratur. Posterior aestimatio, & in ea iusiurandum dissimili plane iure & conditione habentur. Nam ipsi aestimationi, quae vera est, ubique locus est adversus eum, qui rem petitam non praestet, ut debet: ac tunc maxime, cum culpa tantum adversarii res non praestatur, quippe cum eo tempore illa aestimatio sola sit. *L. 2. §. 1. hic*. At non item ubicunque de ea aestimatione ob culpam rei controversia incidit, ibi locus est iuriiurando in litem, ut ita iurante actore controversia decidatur; sed interdum dumtaxat, ut significatur in *L. 5. in fin. hic*.

Quomodo igitur, aut priori illi aestimationi locus datur, ut sic fiat locus & iuriiurando, qno semper in eam iuratur: aut quando in posteriore aestimatione recipitur iusiorandum, qood fit in eam aestimationem, ut sic in universum statuamus, ubi, & quam recte totum hoc in litem iusiurandum admittatur? Et si dixerimus, quando haec fiant, simul & de aequitate huius iurisiurandi admittendi constabit.
† Ac qnod attinet ad priorem aestimatio- 7
nem, ea, ut dixi, gravior est, qnam ut facile in quemquam recipienda fuerit, etiamsi maxime actor eam adstruat iureiurando. Quod enim res osteodit, duplicem

cem pœnam continet: communem illam, quod actor in caussa sua iudex constituitur invito reo, quod & in omni alio iureiurando in litem accidit: propriam hanc, quod æstimatur lis etiam ultra rei pretium. *d. L. 1. hic*. Sed tamen & hæc admissa est, atque una iusiurandum; verum suis conditionibus, ex quibus æquitatem huius iuris licet animadvertere. Ac de singulis dicam postea suis locis plenius. Nunc breviter capita attingam, ut summa iuris nota sit, & æquitas in hoc iureiurando introducendo, quam quærimus, statim perspiciatur. Tria sunt, quæ iuncta huic iuriiurando locum faciunt: ius actoris in re petita; rei petitæ conditio; & contumacia vel dolus adversarii in re petita non præstanda. Non tribuitur hoc iusiurandum cuivis actori; sed domino, *L. vulgo, L. 4. hic*, aut ei ad cuius ius res petita pertineat: quod ex genere actionis intelligitur. Unde tractatum, quibus in actionibus iuretur in litem, de quo in *L. 5. hic*. Æquissimum est, rei cuiusque pretium non ex eo, quanti est, sed arbitrio domini statui. *L. tutor, hic*. Neque tamen hoc in omni re petita admittitur; sed ita, si sit ea res, in quam cadat affectio, & cuius æstimatio pro utilitate & commoditate utentium possit variari. Diversum est, si de alia re agatur: puta, de nummis, qui forte depositi non restituantur. *L. 3. hic*. Ut cætera interveniant: tamen placet in hac æstimatione nisi ob dolum aut contumaciam frustratoris rei in litem non iurari: ut sit iusiurandum hoc doli pœna. *L. 2. §. 1. l. in actionibus, vers. sed in his omnibus, L. tutor, hic*. Quid æquius, quam dolum & contumaciam puniri: & maxime si hic dolus in re aliqua adversus eum,
8 ad quem pertineat, admittatur? † Quod attinet ad alterius æstimationis, quanti res est, iusiurandum, etiamsi ipsa æstimatio adversus eum, qui rem debitam non præstet, iuste inducatur: tamen hæc non committitur iuriiurando actoris, quamdiu res exstat, quæ petitur, ubi ex eius inspectione possit æstimatio facile probari. Tunc recipitur in hac re iusiurandum actoris, cum res petita periit. *L. 5. in fin. hic*: scilicet quia tunc necessitas id flagitat, nisi æstimationem rei una cum re actori propter moram rei perire velimus. De quibus plura deinceps suis locis: Nunc ipsos locos indicasse sufficiat, ex quibus deinde singulorum diligentior explicatio petatur. Ac cui prius iusiurandum deferatur, dicam ad *L. 4*. Quibus in actionibus, quod eodem referri debet, & quamobrem, dicam ad *L. 5*. Qua de re in *L. 3*. Adversus quem in *d. L. 5*. De posteriore iureiurando dicam ad *L. 5. vers. ult. & L. seq* Ex quibus omnibus quid sit iusiurandum in litem, quæ eius genera sint, & ubi unumquodque, & quamobrem, seu qua æquitate receptum sit, intelligimus. † Quo recepto, deinceps 9
de vi iurisiurandi quærendum est, ubi actor de æstimatione iuraverit. Et de eo hæc item iuris summa est, quæ hoc titulo tradatur: hæ partes, quæ suis locis notatæ, diligentius deinde illic a nobis exponentur. Servandum est nimirum iusiurandum in litem, ut si de alia re inter litigatores iuratum esset; sed suis conditionibus. Hæ duæ sunt: una, si actor deferente iudice iuraverit; alio deferente iusiurandum nihil prodest: quod quomodo accipiendum sit, dicam ad *L. 4. §. deferre, hic*. Unde quæstio, an sit in potestate iudicis, id non deferre: de quo in *d. L. 4 §. iurare*. Altera conditio est, si actor taxationem iudicis non excesserit: nam ab initio modum iuriiurando statuere iudex potest, ut intra certam quantitatem iuretur *d. §. iurare, L. 5. hic*. Hoc modo, inquam, interpositum iusiurandum in litem, non minus quam de aliis rebus servandum est. *L. 4. §. deferre, L. ult. hic*. Etiamne si actor in infinitum iuraverit? Etiam, nisi iudex modum iuriiurando statuerit, ut intra certam quantitatem iuretur, quod eum facere posse diximus, *L. 4. §. iurare, hic*. Sic tamen servandum hoc iusiurandum, ut ex caussa possit iudex id non sequi: de quo ad *L. 4. §. item videndum, hic*. Quin etiam sententia secundum id lata, potest & ex caussa de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri. *L. ult. hic*. Vi huius iurisiurandi cognita, etiam de necessitate eius suscipiendi quæritur: dicam ad *L. ult*. De quibus omnibus licebat uno contextu orationis, ac recto ordine semel dicere, ut superiore titulo fecimus. Sed quoniam Titulus brevis est, & in Titulo non longo magna membrorum divulsio esse non potest, ac si quæ esset, iam tamen & summa iuris, & rectus ordo ac series rerum cognoscendarum ex his, quæ diximus, intelligitur: putavimus melius esse explicationem singularum partium ad suos locos reiici, quo ipsi quoque loci expositi essent, & his qui singulos cognoscere cupiunt, eo modo consuleretur.

Ad L. rem. 1.

Ulpianus lib. 51. ad Sabinum.

Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio poterit ex contumacia non restituentis, per iusiurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.

S U M M A R I A.

1. *Quibus in iudiciis condemnatio crescere possit per iusiurandum in litem, & quomodo hoc contingat.*
2. *Quanti quæque res æstimanda, cum de finiendo negotio non agitur.*
3. *Definitionis huius loci quis, & quibus in caussis usus.*
4. *Exempla.*
5. *Iusiurandum in litem ex affectione, seu affectionis.*

1 QUibus in iudiciis in litem iuratur, in his iusiurandum hoc efficit, ut, ficut Ulpianus hic loquitur, *ex contumacia, non restituentis*, aut non præstantis quod petitur, *condemnatio crescere possit per iusiurandum in litem*. Potest enim res contumacia possessoris non restitui, quam ille restituere iussus est. Quod si fit, iuratur in litem. *L.* 2. §. 1. *infr.* atque hoc iureiurando statuitur pretium rei, non quanti est, sed quantum dominus fuerit arbitratus in infinitum. *L.* 5. *L. tutor, infr. L. qui restituere, supr. de rei vind.* eoque & sæpe ultra pretium rei, ut hic dicitur. Sic fit, ut hactenus vere dicatur crescere condemnatio ex contumacia non restituentis: cum si possessor rem restituere paratus esset, aut in ea non restituenda dolo careret, nihil amplius quam rem quanti est, aut veram eius æstimationem præstare sententia iudicis cogeretur. † Hac æstimatione
2 rei in his iudiciis recepta, quæsitum est, si forte in his ipsis iudiciis controversia incidat, res in iudicium deducta quanti sit, seu quanti æstimanda sit, quod quidem ad contumaciam non restituentis puniendam & finiendum negotium nondum pertineat: utrum debeat solum æstimari, quanti est re vera, an vero quanti iureiurando in litem amplius æstimari potest, ut in æstimatione rei etiam hoc computetur, quod ex contumacia non restituentis & iureiurando in litem potest ad veram æstimationem accedere. Ad eam quæstionem accommodata est Ulpiani definitio hoc loco. Definit enim, rem in iudicium huiusmodi deductam non ideo pluris esse, quia ultra pretium rei æstimari potest per iusiurandum in litem, & eatenus condemnatio crescere: significans tanti quidem esse, quanti est pretium eius; at non pluris: etsi maxime pluris ex contumacia æstimetur, eoque quod ultra est, in re æstimanda computandum non esse. Cui definitioni plane locus non est, nisi in ea quæstione, cum quanti res sit, quæritur. Congruit autem definitio illi sententiæ veterum, qua traditur, in re quaque æstimanda affectiones non esse spectandas, sed quanti omnibus valeret: & pretia rerum non ex affectu & utilitate singulorum, sed communiter fungi. *L. si servum, supr. ad leg. Aquil. L. pretia, infr. ad leg. Fal.* At non videbatur in proposito ea definitio retineri posse. Res enim in iudiciis pluris æstimari potest, quam quanti est, & ut æstimatur, ita reipsa præstatur hæc æstimatio. Cur non ergo in re æstimanda & hoc quod plus est, computetur, cum pariter ad æstimationem rei pertineat? Respondet Ulpianus, eo fieri, quia in eo quod hic plus est, res ex contumacia æstimetur ultra rei pretium. Quo significat ideo fieri, quia quod accedit, æstimatio quidem sit; sed non rei, seu pretii rei, verum contumaciæ, quæ hac æstimatione, atque hoc iureiurando punitur: aut verius, quia sit hæc non æstimatio rei, sed contumaciæ pœna, ut hac pœna contumaciam hic puniri dicitur in *L.* 2. §. 1. & *L. tutor, infr. eod.* Utriusque rei argumentum esse innuit, quod res ita æstimetur, ex dolo aut contumacia, ut non æstimatur aliter: *L.* 5. *infr.* & æstimetur ultra rei pretium: quod certo probat veram æstimationem rei non esse, quæ ultra eam æstimationem inducatur.

Sed

3 Sed quorsum † hæc definitio? Est enim plane inutilis & inepta, si in his iudiciis, in quibus iuratur in litem, de quibus concepta est, nunquam quæritur, quanti res sit, de qua in litem iurari potest. At nunquam evenire videtur, ut hoc quæratur in his iudiciis. Nam si res petita restituitur, non quæritur omnino de rei æstimatione. Si non restituitur: si quidem culpa solum possessoris, hic non iuratur in litem, *L.* 4. *§. ult. L.* 5. *infr. eod.* eoque nec potest condemnatio per hoc iusiurandum crescere, quod tamen iusiurandum definitio exigit. Si possessoris contumacia aut dolo: quæritur quidem de æstimatione, sed tantum abest ut reiiciatur ea, qua res æstimatur ultra rei pretium, ut hæc sola admittatur, repudiata illa altera, quanti res est. *L. tutor, infr.* Quorsum ergo, inquam, definire, quanti sit vere res in iudicium deducta, de qua eadem possit in litem iurari, ubi de eo quæri nec soleat unquam, nec possit? definire rem non esse pluris, quamvis iureiurando æstimetur ultra rei pretium, ubi constet nihilominus ita æstimari, nec quidquam impediat, quod res tanti non sit, quia an tanti sit, necne, non quæratur? Et quod ante attigi, res ita habet, ut in his iudiciis nunquam huic quæstioni aut definitioni locus esse possit, cum de æstimatione rei principaliter quæritur, nempe ad litem adversus reum æstimandam, & eum tanti condemnandum: quam ad rem adhibetur iusiurandum in litem. Sed accidit interdum, ut in his ipsis iudiciis multo ante sententiam, atque adeo initio iudicii ob alias caussas in iudicium incidentes, quærendum sit, quanti sit res, quæ in iudicium deducta est: ut, quia id ante constitui necesse sit ad iudicium rite instituendum aut promovendum: de quo tamen quidquid constitutum erit, nihil ad principalem caussam decidendam pertinet. Id si quando fiat, ibi superior definitio locum habet, idque verba definitionis satis ostendunt. Sunt enim hæ eiusmodi quæstiones, in quibus vere dicatur condemnatio crescere posse per iusiurandum in litem, non autem iam nunc crescere. Accidit autem, ut id quæratur quandoque, cum tractatur de iurisdictione iudicis apud quem agitur, quæriturque, utrum res petita intra iurisdictionem eius consistat, an excedat: quæ quæstio in eo est, quanti res sit, quæ in iudicium deducitur. Nonnunquam etiam in fideiussoribus iudicio sistendi caussa datis, qui pro rei petitæ qualitate idonei dari iubentur. *L.* 1. *supr. in ius voc. ut eant.* Unde quæstio, quanti sit res, quæ petitur. Quæ quomodo in his caussis accidant, & ex superiore definitione explicentur, propositis exemplis planum fiet.

Sit ergo huius † quæstionis & definitionis superioris usus in his exemplis expositus. Est aliquis primus iudex, qui ex lege & forma iurisdictionis suæ cognoscere potest solum ad quingentos aureos. Quidam cum fundum haberet, qui ab alio possidebatur, dignum ad summum quingentis aureis, si quidem vera æstimatio spectetur, eum tamen apud maiorem iudicem vindicabat: quod eum æstimaret ipse septingentis aut pluris propter multas commoditates, quas privatim ex illo percipere poterat: & quo magis huius æstimationis ratio haberetur, dicebat fieri posse, ut in eo iudicio tanti fundus æstimaretur per iusiurandum in litem: id enim futurum esset, si per contumaciam possessoris fundus ei non restituatur. *L.* 2. *infr.* Ergo hac ratione apud maiorem iudicem fundum vindicat, quod dicat eius fundi æstimationem excedere posse iurisdictionem minoris iudicis, apud quem ideo litem non instituit. Possessor præscriptione fori utitur, & ad minorem suum iudicem revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra iurisdictionem eius consistere. Quæstio, utrum consistat, ut verum pretium solum spectemus; an excedat, quia & eius quo crescere condemnatio potest, ratio haberi debeat. Dicemus ex superiore definitione rem consistere intra iurisdictionem minoris iudicis. Ideo apud eum agendum esse: quia fundus de quo agitur, non pluris sit, quam quingentorum aureorum, de qua summa minor iudex potest cognoscere. Nec ad rem pertinere, quod condemnatio crescere potest per iusiurandum in litem. Non enim ideo fundum pluris fieri: quoniam ea æstimatio non rei petitæ æstimatio sit, sed pœna contumaciæ non restituentis. De fideiussoribus, quos dixi, hoc exemplum est. Olim qui in ius vocatus venire statim nolebat, hoc ita evitabat, si satisdaret se condicto die iudicio stiturum, nisi si cui hæc satisdatio remitteretur. Tit. *in ius voc. ut eant. supr.* Hic autem edicto fideiussor iudicio sistendi caussa iubetur dari locuples; sed pro rei de qua agitur qualitate, idest, qui tantum facere possit, quanti res est, de qua agitur. *L.* 1. *supr. in ius voc. ut eant., L.* 2. *§. ult. supr. qui sat. cog.* Ecce dominus fundum suum vindicat, qui si ex vero æstimetur, valet ad summum ducentis aureis. Ideo possessor, ut olim mos erat Romanis, cavere volens iudicio sisten-

sistendi caussa, offert fideiussorem ad summam ducentorum locupletem. Dominus postulat sibi dari locupletem ad trecentos aureos, quod dicat se fundum suum aestimare tanti: & vero ad tantam summam condemnationem crescere posse per iusiurandum in litem, si quidem contumacia possessoris res non restituatur, ut fieri potest. Quaestio, an sit audiendus. Dicendum ex hoc loco, liberari possessorem, qui fideiussorem locupletem ad ducentos aureos offerat: propterea quod fundus, de quo agitur, tanti sit re vera, non pluris. Nec obstare, quod condemnatio in hac caussa crescere potest ex contumacia possessoris usque ad trecentos aureos. Non enim ideo pluris esse, ut diximus, quia haec contumaciae aestimatio fit, non rei petitae, de cuius aestimatione nunc quaeritur. Haec de his caussis scripsisse & sensisse Ulpianum ex inscriptionibus huius loci & aliorum quorundam coniecturam facere possumus. Nam hic locus, ut est inscriptio, sumptus est ex libro Ulpiani quinquagesimo primo ad Sabinum. Hoc libro tractasse illum de iudicio, & de iudicis iurisdictione indicat *L. eum qui*, 13. *supr. de iurisd. L. si locus*, 59. *supr. de iud. L. iudex*, 55. *infr. de re iud. L. nemo qui condemnare*, 37. *infr. de reg. iur.* omnes sumptae ex eodem libro, & ad eam tractationem, quam dixi, pertinentes. † Obiter hic notandum de iure- 5
iurando in litem, hoc iureiurando cum ob contumaciam & dolum defertur, rem aestimari posse ultra rei pretium: quod nihil aliud est, quam hoc iureiurando aestimari rem ex affectione, seu quanti actor ex affectu rem aestimet. Nam extra pretium rei si qua aestimatio est, ea solum est, cum ex affectione & utilitate privati euiusque res aestimatur: *L. pretia, infr. ad leg. Fal. L. si servum, supr. ad leg. Aquil.* ut non male vulgo vocetur hoc iusiurandum affectionis.

Ad L. Sive. 2.

Paulus lib. 13. ad Sabinum.

Sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa ponitur non restituentis, vel non exhibentis. Cum vero dolus [*punitur*,] *aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iurabit actor.*

Pertinet ad definitionem proximam *L.* 1. nosse, quando iureiurando in litem possit condemnatio crescere ex contumacia adversarii, idque ultra rei pretium, quia id fieri posse ea definitione comprehensum est. Pertinet & illud, nosse cur additum sit, *ex contumacia*. Ad hoc declarandum hoc fragmentum subiectum est: ad declarandum, inquam, non ad explicandum. Neque enim hic quidquam plene definitur. Quae explicatio sequitur postea in *L.* 4. *§. iurare, & deinceps: item L.* 5 Dicitur ergo superius fieri posse, sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Utrumque horum exempli caussa. Nam idem fieri potest in actionibus in rem, etiam quibus quid nostrum non petimus: nec tantum in his, itemque in actionibus ad exhibendum; sed etiam in actionibus in personam, quibus ad exhibendum non agitur: de quo dicetur ad. *L.* 5. Quod sequitur in §. 1. declarat, cur additum sit in superiore definitione, *ex contumacia non restituentis*. Docet enim consulto id factum, quia ibi solum aestimetur sententia iudicis, quanti in litem iuratum est, cum dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis punitur. Cum autem tantum culpa non restituentis vel non exhibentis: non nisi quod agentis interest, idest, quod abest re vera. *L. unica, C. de sent. quae pro eo quod int.* De cuius probatione hoc ius est, ut alias de eo probatio exigatur ab actore; interdum ipsum iuriiurando eius committatur: quod iusiurandum & ipsum dicitur in litem. *L.* 5. *in fin. infr.* Id quando accidat, ibi dicetur.

Ad L.

Ad L. Nummis. 3.

Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

Nummis depositis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum æstimatio: nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod (quia deposita ei pecunia abnegata est) distractum est.

SUMMARIA.

1. *Iusiurandum in litem quibus de rebus deferri non possit, & quare.*
2. *Ad diem constitutum pecunia non soluta, venire præter pecuniam etiam id quod interest creditoris pecuniam sua die solutam non esse, & in eo æstimari etiam eas utilitates, quæ extra rem consistunt.*

1 HIC locus docet non omnibus de rebus iusiurandum in litem deferri posse, etiamsi maxime his actionibus petantur, quæ conditione sua hoc iusiurandum admittunt, & agatur adversus contumaces: simul de quibus non possit deferri, ostendit. Negat enim Ulpianus, ***nummis depositis iudicem oportere in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit***, & addit rationem, ***cum certa sit nummorum æstimatio***. Præter sententiam superiorem de nummis depositis, hac ratione maxime declaratur sie recte de rebus in universum definiri: Quarum rerum certa æstimatio est, quales sunt nummi, vinum, oleum, frumentum, & quæcunque res pondere, numero, mensurave constant: etsi hæ depositæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia possessoris non restituantur, quibus de caussis iusiurandum in litem admitti solet: tamen de his rebus hoc iusiurandum deferri non debere; cæteris in rebus deferri posse, si aliud non impediat. Ratio ducta est ex fine iurisiurandi in litem. Nam hoc iusiurandum vel ob id defertur, ut constet de vera æstimatione rei, quæ ignoratur, & aliter probari non potest, *L. 5 in fin. infr.* Vel ut pretium rei arbitrio domini statuatur ex eius affectione. *L. tutor, infr.* Neutram ob caussam iusiurandum in litem de nummis petitis deferri potest. Nam si nummorum æstimatio quæritur: hæc per se certa est, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem iureiurando. Si quæritur domini affectio: hæc in nummos & res superiores non cadit. Unus enim aureus solaris, exempli gratia, ab alio utilitate & commoditate nihil plane differt. Quod in animalibus, hominibus, prædiis, & cæteris rebus, quæ sua specie, non quantitate æstimantur, secus est. Harum enim rerum unaquæque suam vim, suas commoditates, utilitates, voluptates a cæteris multum distantes habet. De domini affectione nihil hic dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere: quia minus de eo dubitabatur. † Sed quod dixerat, nummis depositis non restitutis in litem non 2 iurari, sic accipi vult: si nummi sine die qua redderentur, depositi sint. Quod si convenit, ut certo die redderentur, nec redditi sint: placet iusiurandum in litem deferri posse: non de nummis, quorum cum semper certa sit & una in omnibus æstimatio, hæc iusiurandum non admittit, ut hic non mutet Ulpianus, quod prius dixerat; sed de eo, quod ***actoris intersit nummos illi sua die redditos fuisse***. In quo computari ait extra nummos damna, quæ ob pecuniam sua die non redditam contigerunt. Hæc autem esse ostendit, si actor sub pœna pecuniam debuit: quam scilicet quia solvere non potuit creditoribus suis, dum nummos a se depositos non accipit, ideo in pœnam incidit; aut si pecuniam debuit sub pignore, & quia pecunia deposita ei denegatur, pignus distractum est. Nempe iusiurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor iuret se tantum pœnæ nomine solvisse, ubi id aliter facile probare non possit; arg. in *L. 5. in fin. infr.* in pignore autem ut iuret, quanti sit pignus amissum, non etiam ut id ex affectione æstimet, & debitor ei in tantam summam condemnetur.

Non

Non enim ita res æstimatur, nisi adversus eum, qui rem de cuius æstimatione agitur, possidet, & contumacia non restituit; aut quam prius restituere poterat, eam dolo desiit possidere. *L.* 2. *§.* 1. *supr. L. tutor, infr.* In proposito autem is qui nummos depositos sua die non reddidit, pignus de quo agitur nunquam possedit, nec in eo non restituendo quidquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris solum possessum & distractum fuerit. Sed & priori iusiurando non alias locus erit in hoc pignore æstimando, quam si pignus perierit. *L.* 5. *in fin. infr.* Nam si adhuc exstat, satis de vera æstimatione ex inspectione rei constare potest. Sed sive de pœna ista & pignore, quæ hic æstimanda dicimus, iusiurandum actoris admittatur, sive non admittatur: tamen illa sententia Ulpiani manet, semper hæc æstimanda esse, ubi is cum quo agitur, nummos depositos sua die non reddidit, a quocunque ista æstimatio, & quomodocunque probari debeat. Locus in hanc sententiam diligenter notandus: quo efficitur, quoties quid certo die præstandum aut restituendum est, etiam si sit pecunia, vinum, frumentum, & res similes, quarum certa æstimatio est, quæque ex se fructus non ferunt: tamen adiectionis diei hanc vim esse, ut si res sua die præstitæ, restitutæ non sint, debitor teneatur non in res ipsas tantum, sed in id quod actoris interest eas sua die præstitas non esse. Hoc amplius, in eo quod interest, numeranda esse omnia damna ob eam caussam etiam extra rem contingentia: ut, si ideo petitor in pœnam inciderit, aut pignora eius sint distracta. Quod idem Ulpianus apertius & pluribus confirmat in *L.* 2. *§. ult. infr. de eo quod cer. lo.* Videtur adversari *L. si sterilis, §. cum per venditorem, infr. de act. em.* Sed de ea obiectione opportunius ad *L. quod si Ephesi, in pr. infr. de eo quod cer. loc.*

Ad L. Videamus. 4.

Idem lib. 36. ad Edictum.

Videamus in tutelari caussa quis iurare, & adversus quem possit. Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest. Hoc enim sæpissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, & si parata esset iurare, divi Fratres rescripserunt. Grave enim videbatur, & ignorantes & invitos tutores sub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem iurare, rescriptis Imperatoris nostri & divi patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare volunt: auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi. Non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio postulatur. Adolescens vero, si velit, iurare potest.

S U M M A R I A.

1. *In litem iurat solus actor, idemque dominus litis, & quis hic dominus intelligatur.*
2. *Ad in litem iurandum cur non admittatur procurator etiam lite contestata.*
3. *Impubes in litem iurare non potest: & cur prohibeatur.*
4. *Adolescens iurare potest, & cur ab impubere & hic & in aliis caussis distinguatur.*
5. *Furiosus, mente captus, prodigus, infans in litem iurare non possunt, & cur.*
6. *Tutelaris caussa hic, quæ.*
7. *Mater ne in caussa quidem pupilli filii admittitur ad iurandum, nisi tutrix.*
8. *Tutor in caussa tutelari volens iurare, potest: invitus non cogitur, nisi in re certo ipsi comperta: & cur utrumque.*
9. *Iurare in litem an cogatur, cui id defertur.*

INitii huius capitis, & *§. item, L. vulgo, infr.* coniuncta sententia est. Explicant enim hi loci, cui iusiurandum in litem deferri possit, aut non possit. Quare de his coniunctim & semel hoc loco dicemus. Idque etiam ratio huius loci postulat

stulat. Pendet enim totius huius initii quæstio & tractatio ex definitione iuris de hoc genere tradita in *d. L. vulgo:* ut necesse sit ad rectam explicationem definitionem illam præire. Sit ergo his locis summa hæc quæstio posita, cui iusiurandum in litem deferri possit. De qua ita ius est, ut non cuivis in lite hoc iusiu-
1 randum recte deferatur. † Iam primum constat iusiurandum hoc rei non esse, sed solius actoris. *L. 2. §. 1. supr. L. 5. in fin. infr. eod.* comparatum videlicet ad sublevandum actorem adversus iniuriam rei, qui rem debitam non præstat, ne actor una cum re quæ negatur, etiam de æstimatione ipsa in dubium veniat. Sed ne forte actorem hic intelligamus, qui agere potest, seu qui extra iudicium quid petat, res ita definita est a veteribus, ut dicerent alium in litem non debere iurare, quam dominum litis. *L. vulgo, infr.* Is autem dominus litis intelligitur, qui iudicio egit, & litem contestatus est. *L. procuratoribus, L. nulla, C. de proc.* Num ergo omnis dominus litis in litem iurare potest? Non statim. Nam & procurator, qui alieno nomine egit, litis contestatione dominus litis efficitur. *d. L. procuratoribus, & d. L. nulla.* Tamen hunc in litem iurare posse non placuit; illum solum placuit, qui & litem contestatus est suo nomine. *d. L. vulgo.* Et ideo non temere est, quod Ulpianus in *d. L. vulgo*, cum dixisset, *vulgo præsumi alium in litem iurare non debere, quam dominum litis:* subiunxit hæc verba: *denique Papinianus ait alium non posse iurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.* Non enim hæ definitiones eædem sunt, ut quis putet Ulpianum aliis verbis idem repetere, ut fit interdum explicationis caussa; sed posterior definitio adiicit priori, & hoc significat: non modo alium quam dominum litis in litem iurare non posse; sed ne ipsum quidem litis dominum posse ita iurare, nisi is sit, qui vere, idest, re & effectu dominus sit per omnia: ut, quia suo
2 nomine litem sit contestatus. † Sed cur procuratori post litem contestatam non liceat iurare in litem adversus eum, qui rem non restituit: cum procurator litis contestatione ita dominus efficiatur, ut cæteris in rebus se in ea lite possit pro domino gerere, puta procuratorem in eam litem dare? *d. L. nulla, C. de proc.* Quia etsi lis adversus reum iuste æstimanda est iureiurando: tamen eum falsa aut dubia æstimatione lædi non oportet. Quæcunque autem æstimatio hic exigetur, ea certa non est procuratori. Si de vera æstimatione rei agitur: non ita vires rei ei notæ esse possunt; certe non ita esse solent, ut domino. Si quæritur de domini affectione: hæc vero soli domino cognita esse potest, solusque de ea potest affirmare dominus, non procurator. Hactenus *L. vulgo*, qua nihil excipitur, quo minus si quis litem suo nomine contestatus sit, ei iusiurandum in litem recte deferatur.

Sed adiiciendum est ex hoc loco, ne omni quidem domino litis, etiam qui suo nomine litem sit contestatus, iusiurandum in litem deferri posse. Iudicium, quod satis sit ad rem æstimandam, in actore exigimus. Hinc quæsitum de minoribus viginti quinque annis, quorum etsi aliquod iudicium est de rebus, nondum tamen satis certum est, & firmum propter ætatem. *L. 1. supr. de minor.* † Et exce- 3
ptus est impubes, etiam qui tutore auctore suo nomine egerit, ut potest. *L. 2. C qui leg. per. stan. in iud. ha.* De quo Ulpianus scribit hoc loco statim *in pr.* his verbis: *& quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest in litem iurare.* Hoc enim sæpissime rescriptum est. In quo verba primum expendamus. Cur enim dicit, pupillus, si impubes est: cum non possit esse pupillus, nisi sit impubes? *L. pupillus, infr. de verb. obl.* Quod perinde est, quasi dixisset: & quidem ipse pupillus, si pupillus est; aut, & quidem ipse impubes, si impubes est: quorum utrumque est ridiculum, cum si pupillus est, non possit, quin sit pupillus. Et videtur ita locutus esse vitandæ ambiguitatis caussa, quæ ex usu loquentium in hoc verbo nasci potest. Non enim solum pupillus is dicitur, qui vere pupillus est, sed interdum ἀναφορικῶς is, qui pupillus fuit: quod fit, cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. *L. si tutor post, L. cum pupillus, infr. de tut. & rat. dist.* ut & vice versa tutor dicitur agere & conveniri tutelæ nomine finita tutela, quo tamen tempore tutor esse desiit. *d. L. si tutor post, L. cum pupillus, de tut. & rat. dist.* Sic & insula dicitur, quæ aliquando fuit insula, in *L. insula, in fin. infr. de acq. rer. do.* Ne quis ergo ex hoc usu tunc cum de pupillari caussa quæstio posita erat, ut hic erat, verbo pupilli intelligeret, etiam eum qui pupillus fuisset, nunc non esset: adiecit Ulpianus, *pupillus si impubes est:* ut hoc sic accipiatur: pupillus, si modo adhuc pupillus est, idest, si adhuc est impubes: dum significare vult eum se dicere, qui

vere

vere pupillus est; non etiam eum, qui per abusionem aliquando ita dicatur, idest, eum qui aliquando pupillus fuit, etiamsi de tutela eius agatur. De pupillo loquitur, idest, impubere, qui sui iuris est. *d. L. pupillus, infr. de ver. sig.* quia de eo posita erat quæstio hoc loco. Et præterea olim non facile eveniebat, ut impubes filiusfamilias iudicio ageret, cum fere quidquid is qui in potestate est, acquireret, id patri acquireretur *L. placet, infr. de acq. her. L. 1. in princ. infr. si a par. quis man. sit*. Sed non minus & hoc de impubere filiofamilias intelligendum est, si quando res feret, ut suo nomine litem contestetur. Denegatur hoc iusiurandum ætati, non statui personæ. Et si iuris personæ hic ulla ratio haberetur: facilius quid tribueremus sui iuris facto, quam ei qui est in patris potestate. arg. in *L. ult. §. 1. infr. de ver. obl.* Et certe omnis paterfamilias, hoc ipso quod sui iuris est, plus iuris habet, quam qui est in patris potestate: cum potestas patris libertatem personæ minuat. Non dubium igitur, quin hoc ius ad omnem impuberem pertineat, & maxime si sit in potestate. Finge filiosam. impuberi delatam esse hereditatem matris, quæ iam olim etiam temporibus Ulpiani quæsita, ad filium pertinuit. *L. pen. infr. ad S.C. Tertyl.* finge aliam quamlibet hodie esse delatam, patrem autem aut nolle filio adeunti consentire, aut non posse, quia sit furiosus: ideo impuberem qui aliquem intellectum habuit, hereditatem adiisse, atque hoc modo sibi quæsiisse: quod illi per constitutiones facere conceditur, & quidem ita, ut nihil hinc patri acquiratur, *L. ult. §. sin autem in secunda, C. de bo. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid persequatur iudicio: ut maxime litem suo nomine sit contestatus, quod patre consentiente potest, ut & ad consentiendum pater cogitur: *d. L. ult. §. 1. in fin. C. de bo. quæ lib.* tamen ne sic quidem in litem iurare poterit, quamvis genus actionis hoc iusiurandum admittat: ut, quia in rem agatur, aut ad exhibendum. *L. 5. infr.* Ætati, ut dixi, hoc denegatur, non statui personæ: & ætati propter ignorantiam ætatis & inopiam iudicii: quæ in omnibus impuberibus est eadem. Recte autem fit, si hoc iusiurandum illi ætati non permittitur: est enim de re æstimanda. Hanc ille pro ætate recte æstimare non potest: quoniam neque veram æstimationem satis novit: & si de affectu eius quæritur, aut illius nulla affectio est in rem petitam, aut est immoderata, nec sensu utilitatis aut commoditatis, quæ inde percipi potest, regitur. Sed cur pupillus de lite tota iurare potest, & servandum est iusiurandum: *L. qui iurasse, supr. de iur.* iurare autem in litem, idest, in litis æstimationem non potest? Quia prius fit deferente adversario, eoque & volente, nec aliter impuberis iusiurandum valet. Unde & iusiurandum omne, quod non est in litem, dicitur ex conventione proficisci, & valere propter conventionem. *d. L. qui iurasse. §. ult. L. sed etsi servus, supr. de iur.* Volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur, infr. de reg. iur.* At iusiurandum in litem a iudice defertur invito adversario. Adversus invitum concedi non debet, quod speciem habet iniuriæ. Sed cur in impubere non distinguimus, utrum infans sit, necne: ut ei qui infantiam excessit concedamus iurare in litem: sicut & alias ei conceditur quidvis gerere quo sibi acquirat. *§. pupillus, Inst. de inut. stip.* cum & hoc iureiurando pupillo acquiratur? fit hoc eadem ratione, qua superius. Acquirere enim potest, quod datur a volentibus: iusiurandum autem in litem non est nisi adversus invitum. Hæc de impuberibus. † 4
Quid adolescentes? nam & horum iudicium non satis firmum esse constat: unde & si quid gesserint, in integrum restituuntur. *L. 1. supr. de minor.* Et de his non idem placuit. De quibus sic Ulpianus in hac L. §. 1. in fin. *adolescens vero si velit, iurare potest.* Nec mirum: plus enim iudicii est in adolescente. Certe tantum intelligentiæ capit ea ætas, ut aliorum monitu de rebus communibus, earumque æstimatione possit iudicare. Et vero in omnibus quæ iudicio administrantur, ubique impuberes a puberibus distingui videmus: illa ut puberibus tribuantur, adimantur impuberibus. Impubes testamentum facere non potest, quia res iudicii est testamenti factio: *§. præterea, Inst. quib. non est per. fac. test.* pubes potest. *L. qua ætate, infr. qui test. fac. poss.* Pupilli sine tutoris auctoritate consensu obligati non possunt, sive tutores habeant, sive non habeant. *Inst. de auct. tutor.* Adolescentes obligantur, si non habeant curatores. *L. 3. C. de int. rest. min.* Inde & pupillos in tutorum potestate esse placuit, velint nolint: *§. pen. Inst. de act. tut.* Adolescentes autem inviti curatores non accipiunt, præterquam in litem. *§. item inviti, Inst. de cur.* Valuit distinctio & ratio etiam in hac caussa, dum adolescentibus tribuitur, ut in litem iurare possint; quod pupillis denegatur. Quod ait

ait Ulpianus adolescentem in litem iurare posse, & addit, si velit: satis aperte significat, si nolit, non cogendum. Id quoniam de adolescente tantum dicit, dubitari potest, num sit proprium adolescentis, & recusato pro potestate iureiurando, quomodo actori de aestimatione litis credatur. Sed hoc alterius loci est, & ad libertatem aut necessitatem huius iurisiurandi suscipiendi pertinet. Cuius necessitatis cum mentio fiat in *l.. ult. infr.* ibi convenientius exponetur. Haec de minoribus tantum dicta sunt: quia in hos solum cadit iusta dubitatio, cur putentur posse iurare, quamvis sint pupilli; aut non posse, quamvis sint adolescentes: illi, quia eorum aliquis intellectus & aliquod iudicium est, quam ob caussam & in negotiorum administratione multa illis concessa sunt; hi quia non ita firmo iudicio sunt praediti, ut omnia recte aestimare aut tractare possint: unde illis parata restitutio
5 in integrum. † De furioso, mente capto, prodigo, infante nihil hoc titulo cautum legimus. An quod solus pupillus, de quo hic dicitur, in litem iurare non potest, superiores autem possunt? Imo ideo, quia supervacuum fuit monere hos in litem non posse iurare: cum constet omnes aut mente, aut intellectu & iudicio carere, & hactenus in eadem caussa haberi, *L. in negotiis*, *L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* *§. pupillus*, *Inst. de inut stip.* *L. 1. §. ult. infr. de obligat.* & *act.* ut vel natura ipsa admoneat, cum alia gerere non possint, multa minus posse eos iudicio affirmare quid de re aliqua, nedum possint rem aestimare, aut de eo confirmare iureiurando. Sed & hi excipi non debuerunt: quoniam satis verbis definitionis superioris excluduntur. Illa enim admittit ad iusiurandum in litem solum actorem, & eum qui suo nomine litem sit contestatus. Furiosus, mente captus, & infans ut alia negotia gerere non possunt, sic multo minus iudicio agere, & litem contestari. *L. in negotiis*, *de reg. iur.* Prodigum etiam metus collusionis, & profundendae actionis furioso similem facit. *L. his qui*, *in fin. infr. de tut.* & *cur.* *L. furiosi*, *de reg. iur.* eoque & a iudicio exercendo removet. Ita ex his, qui sunt domini litis, & litem suo nomine contestati sunt, solus excipitur impubes, qui in litem iurare non possit, caeteris hoc conceditur.

Quid hi, qui litem suo nomine contestati non sunt? hos omnes superior definitio ab hoc iureiurando excludit, etiam si sint sanae mentis homines & intelligentes, atque adeo litem contestando domini litis effecti sint. Hinc quaestio hoc loco tractata, in tutelari caussa quis iurare possit: nam pupillum ipsum iurare non posse iam diximus, idque pro certo sumit hoc loco Ulpianus: & tamen pupillo consuli aequum est, ne aetas noceat, quae solet illi subvenire. *L. non eo*, *C. de proc.* † Tutelarem caussam aperte non vocat Ulpianus caussam in qua de tutela agitur, idest, qua pupillus adversus tutorem agit tutelae: non solum quod constante tutela cum tutore tutelae agi non potest: *L. nisi finita*, *L. si tutor*, 9. *§. si testamento*, *§. ult. infr. de tut.* & *rat. dist.* sed etiam quod, etsi agere liceret, tamen in ea actione tutor reus est, & non ipse iuraret in litem, sed adversus eum iuraretur ab actore. Nunc autem Ulpianus eiusmodi caussam hic proponit, in qua postea tutorem ait iurare posse in litem. Non igitur eiusmodi caussam, in qua pupillus tutelae agat, intelligit. Tutelaris caussa hic dicitur caussa exercitione quidem tutoris, ad tutelam tamen, seu ad rationem & administrationem tutelarem pertinens: quod ita sit, si pupilli quidem caussa sit emolumento, sed quam tutor, ut tutor, idest, pro ratione officii & tutelae exerceat, idque ex persona sua, dum agit ipse, & rem in iudicium deducit, quod potest. *L. 1. §. ult. L. vulgo*, *infr. de admin. tutor.* Nam si res sit propria tutoris, nihil haec ad tutelam pertineat, eoque nec sit tutelaris. Rursum si sit ita res pupilli, ut in ea pupillus ipse agat, etsi maxime agenti tutor auctoritatem praestet (quomodo etiam de re ad pupillum pertinente agi potest. *d. L. 1. §. ult. de adm. tut.*) tamen ne haec quidem caussa sit tutelaris, ut quae tota sit pupilli, & re seu emolumento, & exercitione. Finge ergo tutorem rem aliquam pupilli depositam repetere, aut rem pupilli vindicare, & per contumaciam rem non restitui, ut ob id lis iureiurando aestimanda sit adversus contumacem. Quis in litem iurabit? Nam, ut Ulpianus ait, *pupillus ipse iurare non potest*, & quidem hoc ipso, quod est pupillus: ut quamvis ipse suo nomine litem contestatus esset auctore tutore, tamen ne sic quidem iurare posset. Nemo ergo iurabit, & ita res peribit impuberi? an potius aliis concedendum est, ut iurent huius nomine? sed pupillo, ut dixi, consulendum est. † Num ergo hoc concedetur 7
matri? & placuit nec matrem pupilli esse admittendam, etsi parata esset iurare, ut hic scriptum est. Non quod propter affectum in filium in immensum iuratura sit, ut Accursius putat. Alioqui nec actori ipsi in

in caussa sua permitteretur hoc iusiurandum: nec si mater tutrix esset, iurare posset in caussa filii quod hic sub persona aliorum tutorum negatur; sed quia mater, quæ tutrix non est, in caussa filii nec domina est litis, nec pro domina habetur. Et certe alius quam dominus sine iniuria in litem iurare non potest: nam si minoris rem æstimat, quam ex sensu domini, domino satis non fit: si pluris, fit reo iniuria. Restat tutor, cui videatur hoc iusiurandum committi posse. An ergo huic committetur? at ne hic quidem videtur posse iurare: quoniam rei dominus non est: dominum autem hic exigimus. *L. vulgo, infr.* Eadem quæstio est & de curatore in caussa adolescentis. Et de utroque statuit Ulpianus in §. 1. si iudicium inter ipsos, (supple & alios cum quibus iudicium intercedit) acceptum sit, & pro affectu erga minores suos hoc iusiurandum a iudice delatum suscipere non recusent, ius non obstare, quo minus iudicium hoc modo finem accipiat, idest, quominus illi ita iurent, ut cum iuraverint, iudex sequi iusiurandum, & tanti reum condemnare debeat. Atenim tutor rei dominus non est. Revera non est; sed iure pro domino habetur, cum tutelam administrat. *L. tutor qui tutelam, infr. de adm. tut. L. qui fundum, §. si tutor, infr. pro empt. L. interdum, §. qui tutelam, infr. de fur.* Idemque de curatore dicendum est; quem placet pro potestate non minus rem adolescentis in iudicium deducere. *L. 1. § ult. infr. de adm. tut.* At illud certe iniquum est iurare ipsos de utilitate sua, cum domini non sint: in hoc autem iureiurando de utilitate iurantis agatur, non aliena. Huic obiectioni occurrit Ulpianus sub finem §. 1. *non enim* inquit, *ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est, sed domini: cuius nomine tutelæ ratio postuletur.* Fatetur his verbis iniquum esse admitti istos ad iurandum in litem in caussa pupillari, si quidem rem ex sua utilitate æstimarent; sed eos de utilitate sua iurare negat, ad domini enim utilitatem æstimationem iurisiurandi referre debent, non ad suam: eiusque rei argumentum esse ostendit, quod domini nomine ratio tutelæ postuletur. Quasi diceret: tutor in caussa pupillari, idest, ad tutelam pertinente non debet iurare nisi ut tutor, seu quatenus tutelæ ratio patitur: ut proinde iusiurandum tutoris ad rationem hanc tutelæ accommodari debeat. At ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, postulatur nomine domini, & ideo huius solius utilitatem continet. Quo fit, ut iusiurandum quemadmodum rationem tutelæ, sic nec utilitatem domini excedere debeat, sed totum ad huius utilitatem referri. Recte autem dixit, & salva ratione Latini sermonis, *ad suam utilitatem referenda æstimatio*, cum videretur dicendum fuisse, ad eorum utilitatem. Nam in verbo, *referenda*, subaudire oportet, *ab his:* nempe tutoribus & curatoribus, de quorum officio in hoc iureiurando loquitur, & oratio sic accipienda, quasi ita scriptum esset: non enim ab his ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est: qua forma orationis recte usus est reciproco, *suam*, quod scilicet ad easdem personas rediret, quæ præcesserunt. † Sed 8
iurabunt isti in litem in caussa minorum suorum, si volent: invitos autem cogendos non esse iurare sæpe constitutum esse docet. *Grave enim*, idest, non ferendum, ac proinde iniquum videri, *invites sub alieni compendii emolumento etiam anceps periurium subire.* Anceps, ut in re non satis illis perspecta, aut quam dubiam habeant. Iurant illi quidem in caussa pupilli vel adolescentis de calumnia. *L. 2. §. quod observari, C. de iur. prop. cal. dan.* sed ideo, quia de calumnia sua iurant, re sibi comperta: in qua ideo periurium anceps metuere non possunt. Sed & interdum in caussa minorum de re etiam ipsa controversa iurare coguntur. Verum hoc quoque ita, si agatur de re probe illis cognita: puta de fideicommisso ab ipsis relicto: quod non magis ignorare possunt testamento relictum, quam se tutores datos, ut est species. *L. 5. C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota & facto alieno iurare ne in caussa quidem propria quisquam cogendus est. *L. Marcellus, §. iurare, infr. rer. amot.* & hoc propter metum ancipitis periurii, ut hic recte scriptum est.

† Adolescens vero] *Adolescens*, 9
inquit, *iurare potest, si velit*. Ergo si nolit, non cogitur, idque facit impune: non ut credatur ei iniurato; sed ut recusato iureiurando admittatur ad veram rei æstimationem legitimis modis probandam. Quid cæteri, quibus hoc iusiurandum delatum est, an iurare cogendi sunt? nam soli adolescenti hic tribuitur, ut iuret, si velit. Iam monui quæstionem alterius loci esse, & ad necessitatem huius iurisiurandi suscipiendi pertinere, quem locum ad *L. ult. infr.* attingemus.

Ad §.

Ad §. Deferre autem.

Deferre autem iusiurandum iudicem oportet. Cæterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato, iuratum sit, nulla erit religio, nec ullum iusiurandum, & ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, & divi patris eius.

SUMMARIA.

1. *Iusiurandum in litem solus recte defert iudex.*
2. *Reus ipse etiam inutiliter defert: dum tamen id accipiatur, quod ex contumacia rei defertur.*

1 DEferre, inquit Ulpianus, *iusiurandum iudicem oportet. Ceterum si alius detulerit iusiurandum, vel, non delato eo, iuratum sit: nulla erit religio, nec ullum iusiurandum.* Ex quo intelligimus, etsi reus ipse detulerit, tamen ne sic quidem iusiurandum reo nocere, ut id iudex sequi cogatur: quia alius iusiurandum detulit, quam iudex, iudicem autem deferre oportet. Quid ergo sibi vult, quod idem definit in *L. 5. in pr. supr.* de iureiur. *omne omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum esse, & si ex eo fuerit iuratum, prætorem id servare?* Loquitur nimirum ibi Ulpianus de eo iureiurando, quod a litigatore defertur adversario, ut aperte verba ostendunt. Ait enim: *per quod voluit quis sibi iurari*: sibi, inquam, non alii. Quod ad iusiurandum in litem non pertinet, ubi iudex iurari vult, non sibi, sed actori. Hic agit de iureiurando in litem, quod defertur a iudice, non a litigatore: idque ex eo manifestum est, quod *iudicem iusiurandum deferre oportere* ait. Nec quem moverit, quod absolute & generaliter iusiurandum nominat, nec addit in litem, sed ita scribit; *Deferre autem iusiurandum iudicem oportet.* Cum enim hoc toto capite ageret de iureiurando in litem, ac de eo dicere instituisset: iurisiurandi verbum ad id de quo agebatur, retulit, quasi dixisset: *deferre autem iusiurandum*, nempe hoc de quo agimus, *iudicem oportet.* Etsi autem neque ante nominavit in litem, neque etiam postea diserte nominat: tamen de iureiurando, de quo agit, ea dicit, quæ in aliud iusiurandum cadere non possunt. Quale est hoc primum, quod dicit iudicem id deferre oportere. Item, quod dicit hic *iurare in infinitum licere, & iudicem posse modum statuere iuriiurando.* Denique quod in extremo ait, *ex culpa non esse iusiurandum deferendum.* Quæ omnia in iusiurandum in litem solum conveniunt: neque id quodvis in litem, sed id quo lis ex contumacia non restituentis aut non exhibentis arbitrio domini æstimatur, etiam ultra rei pretium: quod per excellentiam absolute iusiurandum appellatur. *L. 1. sup. L. 5 L. tutor, infr. eod.* Ex quo apparet, hoc fragmentum inde sumptum fuisse, ubi Ulpianus de iureiurando in litem agere nominatim instituerat: cum autem satis haberet id proposuisse, deinceps nominasse simpliciter iusiurandum, ut intelligeretur id de quo quæsitum erat: atque hæc posteriora in hunc locum translata fuisse a compositoribus. Ubi non minus ex adiunctis propriis ipsum illud iusiurandum in litem, quod dixi, intelligitur. Hoc vero *iudicem deferre oportet: & si alius*, quamvis reus ipse *detulerit*, sententia Ulpiani manifesta est, *nullum esse iusiurandum*, idest, non id quod iudex sequi cogatur, aut ex quo invitus reus condemnari debeat. † Etsi alius deferat, quam reus, 2 expeditum est. At reo deferente, cur ei iusiurandum non noceat? Movet, quod aliud omne, quod non est in litem, adversus eum qui detulit, servari placet: non quod non sit in litem, sed quia ut iuris auctores tradiderunt, proficiscitur ex conventione, & speciem transactionis continet: ideo servandum propter religionem & conventionem, seu transactionem. *L. 2. L. sed etsi servus, L. qui iurasse, seq. §. ult. L. admonendi, supr. de iur.* & quod idem valet, quia æquum est adversus eum *custodiri, qui contentus eo, cum deferret, fuit.* d. L. qui iurasse, *in pr.* Concurrunt hæc omnia etiam in eo iureiurando, quod in litem a reo defertur. Nam & hoc defertur in controversia de æstimatione, & cum adversarius id detulit, eadem hæc religio & conventio est in iureiurando. Cur ergo, inquam, ob easdem caussas non pariter iusiurandum valeat, & adversus deferentem servetur?

contra, *L. illud*, *supr. ad L. Aquil.* Quia hoc amplius est in hoc genere, quam in aliis, quod aliud omne iusiurandum litis decidendæ caussa adhibitum, interponitur de re ad litigatorem omnino pertinente. In iureiurando hoc in litem etiam res iudicis agitur. Adhibetur enim, ut puniatur contumacia non restituentis, aut non exhibentis. *L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr. eod.* Hæc contumacia adversus iudicem committitur, cui iubenti non paretur. Merito igitur iurisiurandi delatio ut in re maxime iudicis, arbitrio eius & potestati permittitur. Quæ omnia ostendunt, quod hic dicitur, iudicem hoc iusiurandum deferre oportere: sic dici de eo iureiurando, quod ex contumacia defertur, ut sit eius iurisiurandi proprium. Quare si ex culpa deferetur actori iusiurandum in litem id, quod eius interest, ut fit interdum: *L. 2. §. 1. supr. L. 5. in fin. infr. eod.* sciemus definitionem ad id iusiurandum non pertinere, nec quidquam prohibere, quominus reus recte id deferat, & cum detulerit, adversus eum ex generali regula superioris edicti servetur. *L. 5 supr. prox. tit.* quod semper ita accipiendum est, dummodo reus præsente iudice id deferat, ut in omni iudiciali iureiurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter*, *§. omne igitur*, *C. de reb. cred. & iur.* Sed & illud, quod de priore iureiurando hic dicitur, nullum esse id iusiurandum, si reus detulerit, non iudex, sic accipiendum est: ut nullum sit, si quidem reus postquam iuratum est, eo teneri nolit. Cæterum si postquam detulit, & iuratum est, velit etiamnum iuriiurando stare, consentiatque, ut in eam æstimationem sententia feratur: non est in potestate iudicis id non sequi, quasi ipse iusiurandum non detulerit. Quoties enim convenit inter litigatores, quid pronuntietur, iudicis officium est huiusmodi sententiam proferre. *L. si convenerit, infr. de re iud.* Nec contrarium est, quod hic absolute nullum esse iusiurandum dicitur, quod a iudice delatum non est. Nam ne nunc quidem valet, cum iudex volente reo id sequitur. Non enim in eo sequitur iusiurandum, sed posteriorem conventionem: cum & sine hac nullum iusiurandum foret, & sine iureiurando si placeret actoris æstimationem servari, non minus iudicem hanc conventionem sequi oporteret.

Ad §. Iurare autem.

Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione, in immensum iuretur, quæro? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum necne, constat. An igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit & taxationem iuriiurando dicere, quæritur? Arbitrio sane iudicis bonæ fidei & hoc congruit.

SUMMARIA.

1. *Quod in litem iuratum est, index sequi debet, etsi* in infinitum *reus iuraverit: & n. 3.*
2. In infinitum, *quid.*
3. *Taxationem adiicere potest iudex iuriiurando in litem ab initio: qua non adiecta iudex iusiurandum sequi cogitur, quamvis in immensum iuratum sit.*
4. *Taxatio quid, & maxime hoc loco.*
5. *Non deferre iusiurandum in litem an possit iudex, & quando.*

1 Hic locus est de vi iurisiurandi in litem, in quo quæritur, an iudex tanti reum condemnare debeat, quantum petitor in litem iuraverit, etsi in immensum iuraverit; an vero sit in potestate iudicis id iusiurandum non sequi. Sententia summa Ulpiani est *hoc* §. *& seq.* si quis deferente iudice iuraverit in litem quamvis in infinitum, iudicem tamen id sequi debere: nisi aut is modum statuerit, ad quem usque iuraretur, & actor hunc modum excesserit; aut magna aliqua caussa id non sequi suadeat: ut constet locus definitione una, cui adiunctæ sint duæ exceptiones. Ait ergo: *iurare autem in infinitum licet.* † *In infinitum*, valet, quod postea 2 aliis verbis explicat, *in immensum*, idest, etiam in eam summam, quæ longe rei pretium, ac pene modum in eo excedat: certa sit tamen & pronuntiatione finita, non incerta. Neque enim *infinitum* accipere debemus, de quo actor nihil iureiurando definiat, quasi liceat iurare hoc modo: fundum meum tanti æstimo, quantum

ium dicere non poſſum. Quod ridiculum eſt: ſive quod qui ita iurat, id dicit, quod non intelligitur, quod perinde eſt, quaſi dictum non eſſet: *L. 2. infr. de his quæ pro non ſcript. hab.* ſive quod ſtultum eſt ita iurare, ut ſecundum id ſententiam iudicis exſpectes, ubi nihil certi dicas, iudicem autem ſententiam certam ferre oporteat. *§. curare, Inſt. de action.* Eſt ergo, ut dixi, hic ſenſus; licere petitori iurare in quamcunque velit ſummam, etſi immenſam: dum tamen certam dicat, ad quam litem æſtimet. Cur ergo dicitur infinita? non quod pronuntiatione petitoris finita non ſit; ſed quod verbis legis ſit infinita: quoniam quibus legibus de hoc iureiurando cautum eſt, certa quantitas non adiicitur, ad quam uſque iuretur; ſed ſine ulla præfinitione iuris licet in hanc aut illam ſummam iurare. *L. arbitrio,*
3 *ſupr. de dol.* † Quod ait Ulpianus ita iurare licere, ſignificat ita licere, ut cum iuratum fuerit, iuſiurandum ſervandum ſit, & iudex id ſequi debeat: neque enim licet, niſi quod iure licet: & quod iure ſit, ratum eſt; ut, quod contra ius, irritum. *L. nou dubium, C. de leg.* Idque ex ſimilibus orationibus licet intelligere: ut, cum dicimus licere paciſci contra edictum ædilium. *L. paciſci, ſupr de pact.* item, licere creditori pignus diſtrahere. *L. 4. infr. de pig. act.* quorum utrumque ita dici conſtat licere, ut & illic pactio, & hic venditio & alienatio rata ſit. Sed ne non neceſſarias probationes aliunde accerſamus, ubi hoc ipſo loco conſtet de ſententia auctoris: ipſe Ulpianus in *§. ſeq.* definit magis eſſe, ut iudex poſſit hoc iuſiurandum non ſequi, ſed ex magna cauſa. Quo aperte confirmat, niſi hæc magna cauſa ſit, non poſſe iudicem, quin id ſequatur, quantumvis actor pretium rei, ac modum etiam expreſſerit. arg. *L. ſi quis, §. ult. ſupr. de eden. L. quod dictum, infr. de pact.* Quod ipſe idem apertius expreſſit in *L. qui reſtituere, ſupr. de rei vind.* cum ait, ſi poſſeſſor dolo fecerit, quominus poſſet rem reſtituere, damnandum eum eſſe, *quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit.* Ut quamvis excellerit actor duplum rei petitæ, aut triplum, atque adeo quadruplum: tamen non dubia ſit ſententia Ulpiani, iudicem niſi quæ magna cauſa prohibeat, id ſequi oportere. Neque id mutavit conſtitutio Iuſtiniani. *L. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* qua cautum eſt, ne id quod intereſt egrediatur duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Non enim hoc iuſiurandum eſt in id, quod actoris intereſt, ſed quanti actor rem æſtimet, idque pro arbitrio & ex affectu: quæ res inter ſe ut contrariæ opponuntur. *L. tutor, infr. eod. L. non a iudice, ſupr. de iud.* Sed & in hoc iureiurando contumacia non reſtituentis punitur. *d. L. tutor, infr.* cum hoc expedit metui delicti pœnam: *L. ſi unus, §. pacta, ſupr. de pact.* tum vero lex Iuſtiniani ad caſus incertos, in quibus ſunt delicta, non pertinet, ut ad eam legem docuimus.

Ait, seo an iuoex mooum iuriiuranoo statuere possit]. Prior exceptio eſt ſuperioris definitionis. Licet in infinitum iurare, ut ſervetur iuſiurandum; niſi iudex modum ſtatuerit iuriiurando, ad quem uſque iuretur: tum enim ultra iurare non licet: *L. ſi quando, C. unde vi,* & ſi iuratum ſit, hactenus nullum eſt iuſiurandum, quaſi nec delatum, hac *L. §. deferre, ſupr.* Hoc tamen ita, ſi poſſit iudex hunc modum ſtatuere. Unde an poſſit, quærit Ulpianus. Non abs re. Non enim id iudicem poſſe ſtatim dixeris. Repugnare videntur leges, & ea edicta quæ ſunt de hoc iureiurando: quibus cavetur reum tanti damnandum, quanti actor in litem iuraverit, nec ulla certa quantitas adiicitur. *L. arbitrio, in pr. ſupr. de dolo, l. tutor, infr. eod. L. ſi filiofam. §. 1. infr. ſol. mat. L. ſi cum dos, §. ult. infr. rer. amo.* quæ verba omnem taxationem excludere videntur. Et probat Ulpianus poſſe iudicem ſtatuere hunc modum, ut inter certam quantitatem iuretur, quam excedere non liceat: nempe ut dicat hoc modo: video te æſtimare fundum tuum octingentis aureis: nimium hoc eſt. Licet tibi in litem iurare, dum ne ultra ſexcentos aureos. Ac ne forte propter ſuperiora verba legum aut edictorum de eo dubitetur, utitur hoc argumento, quod iudex poſſit a principio nec iuſiurandum deferre: quod & dicitur in *L. 5. ſeq.* Quod ſi verum eſt, recte colligit. Nam qui poteſt non deferre in totum, multo magis poteſt pro parte non deferre: Argumentum illi ſimile: Si re nondum ſecuta ab emptione abiri poteſt, cur non & pars eius pactione mutari poteſt? *L. iurisgentium, §. adeo, ſupr. de pact.* Pro parte autem tantum iuſiurandum in litem non defertur, cum taxatio iuriiurando adiicitur. Sed *& arbitrio bonæ fidei iudicis*, inquit, *hoc congruit*. Hæc ille ad hanc ſententiam. Quæ amplius conſideranda ſunt. Eſt enim, quod dubitetur non ſolum de exceptione ipſa & ver-

& verbis exceptionis, ſed multo magis de ſuperiore ratione, vixque eſſe videtur, ut hæc defendi poſſit. Exceptio hanc definitionem habet, iudicem poſſe taxationem adiicere iuriiurando, ultra quam fruſtra iuretur. Videndum, ne idem Ulpianus hoc neget in *L. qui reſtituere, ſupr. de rei vind.* ubi hæc verba eius leguntur, quæ iam ante retuli: *ſi reus dolo fecit, quominus poſſit rem reſtituere, damnandum eum, quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit*. Sed nihil in illis verbis non maxime cum hoc loco conſentiens. Negaret illis verbis, quod hic definit, ſi diceret reum damnandum ſine ulla taxatione: cum hic dicat taxationem a iudice adhiberi poſſe, quam poſtea idem iudex in ſententia ſequatur. Nunc autem dicit reum damnandum, quantum adverſarius *ſine ulla taxatione iuraverit*, ut hæc verba, *ſine ulla taxatione*, non ad iudicem damnantem, ſed ad adverſarium iurantem referantur. Sic res habet, ut cum iuravit actor ſine ulla taxatione, ideſt, nulla taxatione a iudice præfinita, iudex hoc ipſum ſequi, & tanti reum damnare debeat: aliter atque ſi taxationem in deferendo adiecerit. Quod ille non modo non negat hoc loco; ſed maxime confirmat. Ait enim licere in infinitum iurare: & hoc ſolum excipit, niſi iudex iuraturo quantitatem certam præfinierit, intra quam iuraretur. Sed enim & hoc ipſum ex verbis huius loci in dubium revocatur, an cum actor ſine ulla taxatione præcedente iuravit, debeat iudex tanti reum damnare, nec poſſit iuriſiurandi quantitatem minuere. Ac potius verba contrarium efficere videntur. Scribit enim Ulpianus ſimpliciter, iudicem poſſe taxationem iuriiurando adiicere, nec adiicit, quando poſſit, utrum ante, an poſt iusiurandum. Unde argumentum ex generalitate orationis iuris auctoribus uſitatum duci videtur, ut definitio ad utrumque tempus generaliter referri debeat: & quamvis ſine ulla præfinitione in infinitum iuratum ſit, non tamen neceſſe habeat iudex id ſequi; ſed poſſit etiam poſt iusiurandum taxatione adhibita reum minoris condemnare, arg. in *L. metum*, 9 *§. animadvertendum, ſupr. quod met. cauſ. L. item veniunt, §. a quo, ſupr. de her. pet. L. de pretio, ſupr. de publici.* Quod & vulgo interpretes hoc loco admiſerunt. Quod ſi recipimus, iam nihil cauſſæ eſt, cur non contrariam illam eiuſdem ſententiam putemus, cum ait reum ex dolo non reſtituentis tanti damnandum, quantum adverſarius in infinitum iuraverit: *d. L. qui reſtituere, ſupr. de rei vind.* etſi maxime illic adverſarium ſine ulla taxatione præcedente iuraſſe interpretemur. Non enim reus neceſſario in infinitum & ſine ulla taxatione damnandus eſt, ſi eſt in poteſtate iudicis etiam poſt id iusiurandum reum ita non damnare.

Quo fit, ut de ſententia horum verborum, POSSE IUDICEM TAXATIONEM IURIIURANDO ADIICERE, vel hoc nomine diligentius cognoſcendum ſit. Minime vero in his verbis ac toto hoc loco hæc Ulpiani ſententia eſt, poſſe iudicem poſt iusiurandum interpoſitum modum iuriiurando adiicere, ubi nulla taxatione ab initio præfinita iuratum eſt; ſed ſolum poſſe. ab initio tunc cum iusiurandum defert, ut niſi id fecerit, iam omnino iusiurandum ſequi debeat, niſi ex magna cauſſa: quo ſenſu iam dixi inter hos locos optime convenire. Manifeſta autem hæc eius ſententia eſt ex *§. ſeq.* ubi aperte dicit iudicem qui iusiurandum detulit, non poſſe non ſequi id niſi ex magna cauſſa, & poſtea repertis probationibus: loquiturque non obſcure de eo, qui aut nulla taxatione præfinita iuravit, aut præfinita quidem, ſed conſtitit intra taxationem: ut ſi iusiurandum minuendum ſit poſtea, non poſſit minui ob præcedentem taxationem adiectam. Hoc autem ait iudicem minuere aut reiicere non poſſe, & ſolum magnam cauſſam ac repertas poſtea probationes excipit: de quo illic plura. At enim Ulpianus ſimpliciter hic dicit, iudicem poſſe taxationem adiicere iuriiurando, nec quidquam diſtinguit. Non recte movemur his verbis, ut putemus eam generaliter dicere, iudicem poſſe modum adiicere iuriiurando quovis tempore, etiam poſtquam iuratum eſt. † Nam neque verbum taxationis generale eſt, ut ad poſterius quoque hoc tempus pertineat; & ſi pertineret: non eſt tamen hæc mens Ulpiani, ut ad id referri debeat. Taxare non eſt minuere id quod factum eſt, ſed modum ſtatuere rei futuræ: & ut Feſtus ſignificat *Lib.* 17. taxatio eſt, cum quid alicui faciendum permittitur, ſed certo præſtituto modo, ad quem uſque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præſcribebatur, quod ius ei eſſet ſtatuendi: ut taxationem adiicere iuriiurando ſit, non detrahere de eo quod iam iuratum eſt, ſed facere iurandi poteſtatem certa præfinita quantitate, intra quam iuretur: quod fit re integra, & nondum ſecuto iureiurando. Atque hanc vim & ſignificationem eſſe taxationis,

nis, quæ iuriiurando in litem adiicitur, aperte declaratur in *L. si quando, C. unde vi*. Ubi de hac taxatione ita scribitur, ut taxatio præcedat, iusiurandum in litem sequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a iudice, ante factam iurare. Apertius Iustinianus hoc de voce taxationis confirmat *Novel. de iudicib. §. oportet:* vel ut in versione Holoandri *§. ut autem*. Scribit enim in hanc sententiam: si iudex victori iusiurandum de expensis deferat, ad quantitatem scilicet, quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, & quæ sequuntur. Interdum tamen taxatio æstimationem significat, ut *L. cum propria, in fin. C. si quis alt. vel sibi*, iuncta *L. non ignoret, C. de fruct. & lit. exp.* & *in L. 4 C. de act. em.* quæ significatio huc non pertinet. Faciamus tamen non ita esse, sed taxationis verbum esse generale, & taxationem adiicere iuriiurando: attamen si Ulpianus de taxatione futuro tantum iuriiurando adiicienda sensit, cum de mente auctoris constat, nihil amplius quærendum est. Neque enim verba captare oportet, sed qua mente quidque dicatur, animadvertere, & id sequi convenit. *L. pen. sup. ad exhib. L. non aliter, infr. de legat.* 3. At hoc sentire eum ex contextu orationis apparet. Quæstio enim ab illo proponitur, an possit iudex modum iuriiurando statuere: non utique præterito, sed solum futuro. Subiicit enim, *ut intra certam quantitatem iuretur*. Ut iuretur, inquam, nempe postea, non ut ante iuratum minuatur, & continenter: *ne arrepta occasione, in immensum iuretur*. Non metuimus, ne in immensum iuretur, postquam iuratum est, sed ante quam iuretur, ubi res adhuc est integra. Et adversus hunc metum vult superiorem modum adiici: proinde rebus adhuc integris, & ad frenandum futurum iusiurandum. Hanc quæstionem in toto hoc responso non mutat, sed de ea sola respondet, cum ait ad extremum, *arbitrio bonæ fidei iudicis etiam hoc congruere*. Quod enim ita interrogat postea: *an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit & taxationem iuriiurando adiicere:* non nova quæstio est, cum de priore nihil dum respondisset; sed conclusio elata per dubitationem, qua ex ratione quam prius interposuerat, & adiuncta interrogationi velut assumptione intelligi vult, posse iudicem facere id de quo quæritur. Est enim hæc collectio Ulpiani: constat esse in arbitrio iudicis non deferre iusiurandum. An non igitur, qui hoc potest, poterit & taxationem iuriiurando adiicere? Quasi diceret, poterit; cum plus sit in totum non deferre, quam delato modum aliquem statuere. Et hoc deinde confirmat apertius, cum ita subiicit: *arbitrio iudicis bonæ fidei etiam hoc congruere:* etiam hoc, nempe ut & illud *non deferre*. Quod si in hac quæstione posteriore inest aut conclusio de quæstione initio proposita, aut argumentum eius conclusionis & responsionis futuræ: necesse est in ea easdem res intelligi, quæ fuerant in quæstione, ut de re proposita recte vel concludatur, vel respondeatur. Quare quod deinde quærit Ulpianus, an iudex *possit taxationem iuriiurando adiicere*, plane nihil aliud est, quam id de quo initio quæstionem posuerat, *an possit statuere modum iuriiurando, ut intra certam quantitatem iuretur:* quod & iudicem posse addita argumentatione significat, ac deinde aperte exprimit.

Sententiam Ulpiani de exceptione tenemus: quæ hæc est, posse iudicem modum iuriiurando statuere; sed modum ab initio, quem actori postea iurando excedere non liceat, qui modus dicitur taxatio. Fieri eo modo, ut si actor eum excesserit, iudex ultra taxationem adiectam reum damnare non debeat. † Sed nondum hæc sententia constituta est. Pendet 5
enim Ulpiano ex hac ratione, quod possit iudex ab initio iusiurandum nec deferre, ut & Marciano in *L. 5. seq.* ut si ratio falsa est, necesse sit & sententiam, quæ illa ratione nititur, everti. Atqui rationem falsam esse, multis modis probari posse videtur. Primum traditur alibi multis locis constanter, cum res petita non restituitur, si quidem culpa rei: damnandum eum quanti res est, seu quanti actoris interest; sin dolo, debere rem æstimari, & reum damnari, non quanti res est, sed *quanti adversarius in litem iuraverit*. L. qui restituere, *supr. de rei vind. L. non a iudice, supr. de iud. L. tutor, infr. eod. L. si filiofa. §. 1. supr. sol. mat. L. si cum dos, §. ult. infr. rer. amot.* Hæc verba, debere rem *tanti æstimari*, debere reum *tanti damnari*, rem significant, non voluntati iudicis permissam, sed subiectam iuris necessitati, ut quamvis ista nolit, tamen iure pro officio facere cogatur: ut & illa curare debet iudex, ut certam sententiam ferat: *§. curare, Inst. de act.* Item, observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus, aut moribus proditum est. *Inst. de offic. iud. in pr.* Ob dolum ergo & contumaciam non restituentis ita eum condemna-

re

re iudex debet, quanti in litem iuratum est, ut id facere necesse habeat. Non potest autem condemnare hoc modo, nisi prius ipse iusiurandum actori detulerit: quoniam nullum hoc iusiurandum est, nisi & delatum, ut proximo §. traditum est. Deferre ergo & hoc iusiurandum cogitur. Nec quisquam dicat, in his verbis, *reum damnandum quanti actor in litem iuraverit*, inesse conditionem, si quidem actor in litem recte iuraverit, eoque si & iudex iusiurandum detulerit, arg. *L. 6. infr. de legat.* 1. ut hoc ipsum relinquatur in potestate iudicis, utrum velit iusiurandum deferre, necne, arg. *L. si quis sub, infr. si quis omiss. caus. test.* Hoc enim in superiore definitione actores iuris sentiunt, non solum reum tanti damnandum esse, si actor in litem iuraverit, sed etiam actori iusiurandum in litem deferendum, ut tanti reus damnetur. Non enim solum dicunt reum damnandum, quanti in litem iuratum est; sed hoc amplius, adiiciunt non esse damnandum, quanti res est, sed quanti in litem iuratum est. *d. L. non ab iudice, supr. de iud. d. L. tutor, infr. hoc.* Unde licet hoc modo colligere: Si potest iudex iusiurandum in litem non deferre, poterit & rem aestimare solum, quanti est, & tanti solum reum condemnare. At hoc iudex facere non potest, sed cogitur reum tanti damnare, quanti in litem iuratum est. Neque porro ita potest damnare, nisi iureiurando prius a se delato: proinde & hoc ipsum iusiurandum deferre cogitur. Idem probant rationes superioribus locis quibusdam adiectae. Ideo reus damnandus est, quanti in litem actor iuraverit: quia non est aequum pretio, idest, quanti res est, litem aestimari: & quod idem est, quia non est aequum quemquam invitum suo pretio res suas vendere. *L. tutor, infr. eod. L. si cum dos, §. ult. & L. non enim seq. infr. rer. amot.* Iniquum igitur reum dolo non restituentem solum damnare in verum pretium rei, seu quanti res est: & quoniam iniquum, ideo iudex ita reum damnare non potest, ne contra aequum, idest, contra ius faciat: quod illi facere non licet. *Inst. de off. iud. in pr.* At potest iudex ita damnare reum, si licet ei iusiurandum non deferre: quoniam extra hoc iusiurandum nulla est aestimatio nisi quanti res est, seu quanti actoris interest. *L. non ab iudice, supr. de iud.* Non licet ergo iudici in hac contumacia hoc iusiurandum non deferre. Apertius confirmat necessitatem huius iurisiurandi deferendi. *L. tutor, infr. eod.* Nam praeterquam quod Marcellus ait, *non esse aequum pretio, idest, quanti res est, litem aestimari*: addit etiam, ideo reum dolo non restituentem *condemnari debere, quanti in litem iuratum fuerit, quia contumacia punienda sit, & arbitrio potius domini rei pretium statuendum*. Contumaciam puniendam esse, & pretium arbitrio domini potius statuendum, sine alia conditione dicuntur, ubi constat contumaciam non restituentis praecessisse, & de pretio rei aestimando agitur: suntque haec verba non voluntatis & arbitrii, sed necessitatis: quibus significatur iudicem ista facere debere. Iam autem dixi iudicem non posse damnare reum, quanti in litem iuratum erit, ut hoc modo contumaciam rei puniat, & pretium arbitrio domini statuat, nisi prius deferat hoc iusiurandum in litem, quo utiliter iuretur, unde postea tanti litem aestimet. Ex quo efficitur non minus iudicem & hoc ipsum iusiurandum in hac contumacia actori deferre debere. Quid verbis opus est? Ibidem Marcellus ait contumaciam rei puniendam, & pretium arbitrio domini statuendum, nominatim hoc addito, ut dicat haec facienda esse, *potestate petitori in litem iurandi concessa*, quod nihil aliud est, quam iudicem hanc prius potestatem petitori concedere debere, ut deinde superiora ex hoc iureiurando sequantur. Quid est autem potestatem iurandi in litem facere, nisi deferre iusiurandum in litem? Quare hoc quoque aperte Marcellus dicit, iudicem ad contumaciam non restituentis puniendam hoc iusiurandum deferre debere. Quid ergo est, quod hic dicitur, & in *L. 5. seq.* esse in potestate iudicis *hoc iusiurandum nec deferre?* Et recte utrumque ex sententia loquentium diversis conditionibus. Si de facto, quod superioris condemnationis caussa est, idest, de dolo & contumacia possessoris constet: non est in potestate iudicis *hoc iusiurandum non deferre*. Ut nec illud est in potestate eius, contumaciam non restituentis de qua constet, non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non statuere. Utrumque enim iniquum, & contra ius. *d. L. tutor, infr. hic. d. L. non enim, infr. rer. amot.* Non licet autem iudici contra quam ius & aequum est, iudicare. *Inst. de off. iud.* & maxime in his iudiciis id observatur, in quibus iuratur in litem. Aut enim bonae fidei sunt, aut arbitraria, ut dicetur ad *L. 5. seq.* maxime in *vers. extremo*. Utrum horum erit, ita in his sit iudici libera potestas iudicandi, ut tamen facere id iubeatur ex aequo & bono. §. *in bo-*

nae,

næ, §. *præterea*, *Inst. de act.* Quod si de facto & contumacia ambigatur, aut de ea non satis liqueat: ibi valet, quod hic dicitur, posse iudicem non deferre iusiurandum, ut de facti quæstione ipse statuat: quod & verum est. Quippe facti quæstio in potestate iudicantis est, ut dicat possessorem dolo facere, & contumacia, aut culpa tantum; iuris autem quæstio non est, sed legis auctoritati reservatur, ut Papinianus eleganter scripsit. *L.* 1. §. 1. *in fin. infr. ad Turp. L. ordine*, *in pr. infr. ad municip.* Sic & in *L.* 2. §. *si quis iudicio*, *supr. si quis caut.* ei qui tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non potuit, exceptionem dandam esse traditur. Hoc tamen ibidem paulo post in §. *si quis tamen*, ita temperatur, ut dicatur caussa cognita esse statuendum, non ut quæratur de iure, si constet eum sine culpa sua incidisse in tempestatem; sed ut statuatur de facto, num cum posset non incidere in tempestatem, ipse se iactaverit. Ad id autem efficiendum, quod vult hoc loco Ulpianus, sufficit dici, posse iudicem non deferre iusiurandum in litem solum in quæstione & controversia facti: ne quis eam interpretationem collectioni huius loci non convenire existimet. Ut enim licet iudici, cum de facto quæritur, statuere, utrum per contumaciam res non restituatur, an non; atque ita iusiurandum in litem deferre, aut non deferre, prout contumaciam intervenire, aut non intervenire statuet: ita licet ei contumacia ipsa comperta & dolo æstimare, quanta sit contumacia & quantus dolus, & ex eo, quod de qualitate facti cognoverit, iurisiurandi quantitatem moderari: neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, sed alii aliis gravius. Sed & ex sermonibus petitoris animadvertere potest iudex, quo sit affectu actor in hac æstimatione, & utrum animo suum consequendi, an vero nocendi, aut ulciscendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit & hoc iudicis id ipsum æstimare, & non committere, ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero est, quod recte hic dicit Ulpianus *arbitrio iudicis bonæ fidei congruere*. Vere enim hæc perpendere, officio boni iudicis congruit. Addidit *bonæ fidei:* non ideo tantum, quia forte de iudicio bonæ fidei quæstionem instituerat; sed quia maxime in iudiciis bonæ fidei libera potestas permitti videtur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Sed non minus & in actionibus in rem, itemque ad exhibendum, quæ iudicia arbitraria sunt, hæc potestas aut huic proxima iudici tribuitur in §. *præterea*, *Inst. de act.* Ex quo intelligendum est sententiam Ulpiani de potestate taxationis iuriiurando adiiciendæ, non ad iudicia tantum bonæ fidei, sed etiam ad alia omnia, in quibus in litem iuratur, pertinere: quod & in *L.* 5. *seq.* expressum est.

Ad §. Item videndum.

Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est. Et magis est, ut ex magna caussa, & postea repertis probationibus possit.

SUMMARIA.

1. *Et ex magna caussa potest iudex non sequi iusiurandum in litem.*
2. *Magna caussa, quæ.*

1 Altera exceptio est definitionis propositæ, qua statuit Ulpianus, etsi iudex nullam taxationem iuriiurando adiecerit, aut taxatione adiecta intra eum modum iuratum sit: posse tamen iudicem delatum a se iusiurandum non sequi *ex magna caussa*, & *postea repertis probationibus*. Ita prior exceptio est de eo, qui taxatione iuriiurando adiecta, ultra eam iuravit. Posterior hæc de eo, qui iurando adversus delationem iudicis nihil fecit, sive quod nulla taxatione a iudice præfinita iuravit, sive quod taxatione adiecta constitit intra præfinitum modum. Quod ni ita esset, non diceret Ulpianus iusiurandum id, de quo agit, reiici tantum posse *ex magna caussa*. Nam ubi taxatio iuriiurando adiecta est, & hanc actor excessit: hactenus iusiurandum tanquam nec delatum statim non valet, nec alia caussa sive magna sive parva ad id repudiandum est opus. Sed tamen etsi ex de-

latione iudicis iuratum sit, placet posse iudicem nihilominus & hoc iusiurandum non sequi; *ex magna tamen caussa, & repertis postea probationibus*. Ni hi ergo hæc magna caussa: nihil relinquitur iudici ex hoc loco, nisi ut iusiurandum, cui taxationem nullam adiecit, aut adversus cuius taxationem iuratum non est, se-
2 quatur, ut antea ostendimus. † Magnam caussam accipimus, si quid emergat postea, quo aperte reiiciatur iusiurandum: repertas autem postea probationes eas, quibus idipsum recte probetur. Magna & iusta hæc caussa est, si doceatur aut possessorem non desiisse dolo possidere, ut videbatur: aut petitorem non esse dominum fundi, ut se esse intendebat. Horum enim utrumque per se iusiurandum excludit, & si adversus ea iuratum sit, iusiurandum fit iniustum. Nam neque iuratur in litem adversus eum, qui ex culpa possidere desiit, ut est in *vers. seq.* neque ei qui dominus non est, aut cuius de iure non agitur, iusiurandum hoc defertur. *L. tutor, infr.* de quo ad *L. 5. seq.* Quoniam autem fieri potest, ut possessor in totum per contumaciam rem petitam non restituat; interdum tantum pro parte: itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non sit; interdum non sit dumtaxat pro parte: hinc eveniet, quod hic Ulpianus significat, ut prout de his postea constiterit, ita iudex iusiurandum aut in totum, aut pro parte non sequatur. Quod ita fiet, ut ille scribit, ut illic quidem iudex reum prorsus absolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc sententia cum iis constitutionibus, quibus cautum est, iusiurandum a iudice solo delatum, etiam sententia sequuta, repertis postea novis instrumentis retractari posse. *L. admonendi, supr. de iureiur.* Confirmatur maxime in *Novel. de iudicib. §. oportet* Ubi ita cautum est; *si iudex victori iusiurandum de expensis deferat ad quantitatem, quæ illi moderata esse videtur, quam leges taxationem vocant, ac victor iuret: ne iudici liceat in minorem summam, quam iuratum est, condemnare, neque humanior videri velit, quam lex quæ ista constituit*. Aperte iuriiurando in litem, in quo nihil fiat adversus delationem iudicis, stari vult constitutio, idque ex legibus veteribus ius esse testatur. Nec ad rem pertinet, quod loquitur de eo iureiurando, cui iudex taxationem adiecit. Nam ut de eo iureiurando illic agitur: ita etiam proponitur actor intra eam taxationem iurasse. Par igitur, idem & de eo existimari, cui nulla taxatio adiecta est, ad quemcunque modum postea actor iuraverit: quia & hic pariter nihil fit adversus delationem, & eam potestatem iurandi, quam iudex concessit. Non enim periculum est, ne ibi iuretur adversus taxationem, ubi nulla fuit adiecta taxatio. Illud in superioribus verbis contrarium videri potest, quod Iustinianus præcise iubet, ne iudex in minorem summam, quam iuratum est, condemnet, nec ullam exceptionem adiicit: quasi velit nec ex magna aliqua caussa eiusmodi, qualem diximus, iusiurandum reiici posse. Sed non eo minus constitutio cum exceptione huius loci accipienda est: sive quod priores leges ad posteriores trahuntur, & contra: *L. non est novum, L. ideo, L. sed & posteriores, supr. de legib.* sive quod in toto iure generi per speciem derogatur. *L. in toto, infr. de reg. iur.* Generalis autem definitio est superioris constitutionis, iusiurandum in litem a iudice delatum, servandum esse. Exceptæ sunt iam olim hoc loco eæ species, in quibus magna caussa suadet iusiurandum non servari. Proinde hæ species ex genere quamvis postea constituto exemptæ prioribus legibus intelliguntur. *L. si peculium, in pr. de manum. testam.* Sed quid alias rationes quærimus? ex ipsis verbis constitutionis hæc ipsa exceptio facile colligitur. Vetat enim, *ne iudex humanior videri velit, quam lex*. Non ergo prohibetur, quominus æque saltem sit humanus, atque lex. Imo vero hoc præcipue est officium iudicis humanitatem & æquitatem legum sequi. *L. quidam, supr. si cer. pet. L. 4 § ult. infr. de eo quod cer. loc.* At constat ex §. *superiore* & hoc loco, ius ita esse, ut liceat iuriiurando taxationem adiicere, & ab eo quod delatum sit, ex caussa recedi posse. Quapropter & verbis Iustiniani idem iudici permitti intelligendum est.

Ad §.

Ad §. Ex culpa autem.

Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat, sed æstimationem a iudice faciendam.

S U M M A R I U M.

1. *Iusiurandum in litem ex culpa non deferri, de quo iureiurando accipiendum sit.*

QUod hic traditur, cum explicatius & apertius comprehensum sit in *L.* 4. *seq. vers. sed in bis*: de eo ibi di-
1 cemus. † Tantum hic monendi sumus, quod Ulpianus simpliciter hic dicit, ex culpa iusiurandum non deferri: eum in iurisiurandi verbo morem loquendi toto hoc fragmento ante a se usurpatum, etiam hic retinere, & intelligere iusiurandum id, de quo agit, idest, *in litem*, & quo res arbitrio actoris committitur. Alioqui obstabit *d. L.* 5. *vers. ult. infr.* de quo vide, quod scripsi ad §. *deferre*, *supr. ead. L.*

Ad L. In actionibus. 5.

Martianus lib. 4. Regul.

In actionibus in rem, & in ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur, sed iudex potest præfinire certam summam ad quam usque iurètur: licuit enim ei a principio nec deferre. Item & si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere, vel minoris condemnare. Sed in omnibus ob dolum solum in litem iuratur: non etiam ob culpam, hæc enim iudex æstimat. Plane interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum est. Veluti si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit: quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest rem, quæ non extat.

S U M M A R I A.

1. *Summa legis.*
2. *In actionibus in rem omnibus in litem iurari.*
3. *In actionibus ad exhibendum omnibus iurari in litem.*
4. *In bonæ fidei actionibus in litem iurari, at non omnibus: & in quibus iuretur, aut non iuretur.*
5. *Iurari in litem in actionibus in personam omnibus, in quibus agatur ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, eamve quæ ad ius nostrum pertineat: & quæ sint.*
6. *Summa, quibus in actionibus iuretur in litem, & cur.*
7. *Quæ sit vis iurisiurandi in litem.*
8. *Adversus quem iuretur in litem.*
9. *Dolus a contumacia quid distet.*
10. *Culpam a iudice æstimari quid sit, & quæ culpa hic intelligatur.*
11. *Verbum* plane *exceptioni & correctioni servit.*
12. *Actionum genera tria, Bonæ fidei, Stricti iuris, Arbitrariæ.*
13. *Stricti iuris, quæ.*
14. *Iusiurandum in litem in strictis iudiciis non idem accipi posse, quod in bonæ fidei & arbitrariis, sed tantum quanti res vere est, & n.* 16.
15. *Iusiurandum in litem duplex.*
16. *Iurisiurandi in litem genera recte distingui in his iudiciis ad quid conducat.*
17. *Iusiurandum in litem de vera æstimatione, necessitatis magis est, quam voluntatis.*
18. *Iuriiurando in litem de vera æstimatione duæ res locum faciunt; mora debitoris, & interitus rei debitæ; & cur utrumque.*
19. *Amissio rei qualibet & corruptio pro interitu.*
20. *Iusiurandum hoc non minus & in aliis actionibus locum habet ex iisdem caussis.*

1 DOcet hoc capite Marcianus, Quibus in actionibus in litem iuretur, ut intelligatur, cui deferatur hoc iusiurandum: Adversus quos, & quando: tum Quæ sit vis iurisiurandi, postquam iuratum est. De quibus scribit ad hanc sententiam: Iuratur in litem in actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei. Iuratur adversus eum

eum, qui rem de qua agitur, non restituit, aut non exhibet; si tamen dolo malo eius fiat, non etiam si culpa. Vis iurisiurandi hæc, ut non necesse habeat iudex in totum id sequi; sed licet modum iuriiurando statuere, & prius quam iuratum est, & postea. Hæc de eo iureiurando in litem dicta sunt, quo litis æstimatio arbitrio domini permittitur etiam ultra pretium rei. Quod si de vera æstimatione rei agatur, huius caussa etiam in actione stricti iudicii interdum iuratur in litem, idque etiam ob culpam non præstantis quod debetur, ac non tantum ob dolum. Iam singula expendamus.

2 AIT: IURATUR IN LITEM IN ACTIONIBUS IN REM. † Num in omnibus? non enim actiones in rem tantum sunt, quibus rem nostram vindicamus: sed sunt & quibus persequimur rem non nostram, ut Publiciana de rebus ex iusta caussa & bona fide possessis; §. *namque*, *Inst. de act.* hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis; §. *item Serviana*, *Inst. de act.* & aliæ complures, de quibus agitur a §. 1. usque *ad* §. *in personam*, *Inst. de act.* De rei vindicatione quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adversus eum, qui dolo non restituit, in litem iurari. *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* De cæteris dubitatur. Movet, quod de caussa huius iurisiurandi traditur, cum alibi sæpe, tum maxime in *L. tutor*, *infr. eod.* Ibi enim duæ caussæ eius statuuntur: & quod contumacia punienda sit, caussa omnium in rem actionum communis: & quod arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit. Cum qua posteriore consentiunt, quæ alibi traduntur rationes: ideo scilicet adversus contumaciam non restituentis in litem iurari, *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat*. L. si filiosa. §. 1. *infr. sol. mat.* item, *quia æquum non sit*, *invitum suo pretio res suas vendere*. Horum utraque in rei vindicatione locum habet, utpote in qua dominus est, qui agit. *L. in rem*, *supr. de rei vind. L. actionum*, *infr. de obl. & act.* ut ex his constet optime ratio, cur iusiurandum in litem in eo genere recipiatur. In cæteris actionibus in rem cessat ratio posterior: neque enim in his de re nostra agitur. Quo fieri videtur, ut cessante ratione iurisiurandi introducendi, nec in his iusiurandum recipi debeat. arg. in *L. quod dictum*, *supr. de pact.* Sed Marcianus ait in litem iurari *in actionibus in rem:* non autem in actione, aut in aliquo certo genere huius actionis. Unde intelligitur, aut in omnibus iurari, aut certe in pluribus, quam in una specie rei vindicationis. Et verum est in omnibus in litem iurari. Iudicio erit hypothecaria, in qua cum creditor aperte rem alienam persequatur, tantum sibi pignori obligatam: tamen in litem iurari constat, si pignus a possessore non restituatur. *L. si fundus*. §. *in vindicatione*, *infr. de pignor.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipso plus iuris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non est: nam nihilominus ad ius, possessionemque eius pertinet. Cuius iuris quasi dominus esset, ita eius pretium æquum est itidem illius arbitrio statui. † AIT IURARI IN 3
LITEM IN ACTIONIBUS AD EXHIBENDUM. Generaliter & hoc accipere debemus, ut adversus eum qui dolo non exhibet, iuretur in litem in omnibus ad exhibendum actionibus, non tantum tunc, cum quis se dominum esse dicit, sed etiam cum qualicunque actione acturus est: ut quemadmodum in actione directa cuius nomine ad exhibendum agitur, nihil interest, qualis sit, ut in ea in litem iurari possit, ut ostendimus: sic nec intersit in ea quæ ad directam aditum parat, qualis est ad exhibendum. *L.* 3. §. *est autem*, & §. *ibidem*, *supr. ad exhib.* Idque aperte indicat Ulpianus in *d. L.* 3. *ad exhib.* qui cum in §. 1. dixisset eum qui ad exhibendum agit, non utique dicere se esse dominum, nec debere ostendere, cum multæ sint caussæ ad exhibendum agendi: subiecit in §. *præterea*, non solum generaliter, sed etiam continenter, quod ad definitionem priorem ex æquo pertineret: in hac actione notandum, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit, iudice ei quantitatem taxante. Quoque hanc ipsam definitionem in omnibus actionibus acciperemus, definitioni subiicit, in § *est autem*, & deinceps, personalem esse hanc actionem, & competere ei, qui qualicunque actione acturus sit: quæ explicatio item omnis ad definitionem præcedentem de iureiurando refertur. Hoc eo dicimus, quia si quis vindicaturus ad exhibendum agat, sunt qui huic iusiurandum in litem deferri debere non dubitent, quia se dominum dicat; in cæteris non putent, quia hoc statuant, pretium domini solum arbitrio statuendum. Sed si in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diversis caussis & iure tam dissimilibus agitur: attamen in actione ad exhibendum dici non potest, quia in omnibus huius ge-

generis una petitio est eiusdem æquitatis & una caussa omnium communis, ut res exhibeatur, tantum ideo, quia agentis interest. *L.* 3. *§. sciendum*, *L. pen. supr. ad exhib.* Iam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis quam dominis rem suam vindicantibus hoc iusiurandum deferatur: defertur enim & creditori pignus vindicanti, quem dominum non esse constat. Quod si hanc rationem teneremus, ut non alii putaremus, quam domino hoc iusiurandum deferendum: non modo id non deferretur creditori hypothecaria agenti; sed & in actione ad exhibendum prorsus locum non haberet. Neque enim quisquam in hac actione ideo vincit sibi rem exhiberi debere, quia sit dominus; sed quia solum se dominum dicat. Hoc enim intendere satis est; probare non est necesse. *d. L.* 3. *§.* 1. *§. sciendum, ad exhib.* At in omni actione ad exhibendum persequitur actor aliquid suum: nempe usum & copiam rei, de qua quæritur, seu rei videndæ cognoscendæque facultatem, quam & ipsam lex omnium, quorum interest, propriam esse voluit. Merito igitur & hæc ipsa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam cuiusdam domini æstimanda est.
4 † IURATUR IN LITEM, inquit, ET IN BONÆ FIDEI IUDICIIS. Etiamne & hic in omnibus, ut prius in actionibus in rem, ad exhibendum fieri diximus? Et in his placet Azonis, Fulgosii, Duareni distinctio, ut si quidem agatur de re nobis restituenda, quæ prius a nobis profecta sit, & tradita ius nostrum non mutarit, ibi in litem iurari possit re non restituta. Sin autem agatur de re aliena nunc primum nobis præstanda, ibi in litem non iuretur. Et ideo semper constitit in his actionibus bonæ fidei in litem iurari posse: in commodato. *L.* 3. *§. in hac, infr commod.* in deposito. *L.* 1. *§. in depositi, infr. dep.* in locatione, cum res locata non restituitur. *L. si cui locaverim*, *§.* 1. *infr. loc.* in rei uxoriæ actione seu in actione ex stipulatu de re dotali restituenda. *L. si filiofa. §.* 1. *infr. sol. mat.* in actione tutelæ, cum res suas pupillus a tutore repetit. *L. tutor, infr. eod.* Scilicet quia in his omnibus de re quæ a nobis profecta est, restituenda agitur. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus, utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam constat: placet non aliam condemnationem esse adversus venditorem quamvis procacia rem non tradentem, quam in id quod interest: sic enim scriptum est in *L.* 4. *C. de act. em.* Ut in hac procacia non tradentis venditoris iudex curare debeat tantum in condemnationem deduci, quanti interest compleri emptionem. Quod iubetur iudex id curare, sic iubetur, ut aliud statuere non possit. Ut cum in *§. curare, Inst. de act.* dicitur curare debere iudex, ut certam sententiam ferat: hoc intelligitur, ita eum certam sententiam ferre debere, ut aliam si tulerit, hæc nullius sit momenti, tot. Tit. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* Quod autem dicitur venditorem condemnari in id quod interest, significat non condemnari quanti in litem iuratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti ea res est, seu quanti interest, & quanti in litem iuratum est. *L.* 2 *supr. L. tutor, infr. eod. L. non ab iudice, sup. de iudic.* Et merito in hoc genere actionis non admittitur iusiurandum in litem. Illud enim tenendum est, non alias æquum esse rem arbitrio petitoris æstimari, quam cum rei dominus est; aut, quod huic proximum est, rem sui iuris, seu ad ius suum pertinentem persequitur, ut ante diximus. *L. tutor, infr. L. si filiofa §.* 1. *infr. sol. mat. L. non enim, infr. rer. amo.* Emptor autem ut rei venditæ petitæ dominus non est: sic nec res ad ius possessionemve eius pertinet. *L. qui tibi, C. de her. vel. act. ven.* Sed verba Marciani, & alia quædam hic nobis opponuntur. Primum definit hoc loco Marcianus iurari in litem *in bonæ fidei iudiciis:* generaliter hoc & infinite. Proinde & generaliter accipiendum esse dixeris. Arg. *L. metum*, 9 *§* 1 *supr. quod met. caus. L. item veniunt*, *§. petitam, autem sup. de her. pet.* Sed & hoc ita faciendum esse, interpretatione nostra in prioribus actionibus confirmasse videmur. Quod enim dixerat iurari in litem in actionibus in rem, item in actionibus ad exhibendum, sic accepimus, ut diceremus iurari posse in omnibus. Cur ergo hanc interpretationem nunc mutemus in actionibus bonæ fidei: de quibus non modo iisdem verbis, sed etiam uno contextu, & verbo communi ad omnes pertinente ab eo definitur? Accedit ad hæc definitio Ulpiani in *L.* 3 *§. in hac, infr. commod.* quæ aperte omnibus bonæ fidei iudiciis hoc tribuere videtur, ut in his in litem iurari possit, sic enim verba sunt: *in hac actione* (commodati) *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur*. Dicit iurari in litem in cæteris: cæterorum verbo reliqua omnia eiusdem generis intelliguntur. Sed nihil est in his, cur su-

pe-

perior sententia de actionibus bonæ fidei mutari debeat. Definit Marcianus hoc loco *iurari in litem in bonæ fidei actionibus*. Pluralis est hæc definitio, ut apparet: proinde non statim generalis, & omnes actiones complectens: siquidem auctore Ulpiano pluralis elocutio duorum numero contenta est. *L. ubi, infr. de testib.* Quare sic recte accipietur, ut in pluribus actionibus bonæ fidei, quam in una specie, iurari possit in litem: quod & verum est. Non est autem necesse ita accipi, ut possit in omnibus: Potest quidem oratio convenire omnibus: quia omnes utique sunt plures. Sed ut dixi, sic accipi non est necesse: cum etsi non plures essent, quam duæ, in quibus iurari posset: semper verum esset in actionibus bonæ fidei in litem iurari. *d. L. ubi, de testib.* Utrum autem horum accipiendum sit, cum ex verbis Marciani certo statui non possit: ex aliis locis & ratione colligendum est. Neque vero alia vis est earum orationum, quibus Marcianus prius usus est, cum dixit in litem iurari in actionibus in rem, & in ad exhibendum: ne quis forte hic eas nobis obiiciat. Utraque enim, salva proprietate orationis, tam convenire potest pluribus ex eo genere, quam omnibus: eoque non necessario orationes ut generales accipiendæ sunt. Qui fit igitur, ut dixerimus in actionibus utriusque generis omnibus in litem iurari? non sane ex eo, quod putaremus generales esse priores illas orationes magis, quam cum dicitur iurari in actionibus bonæ fidei; sed quia id verum esse aliunde probatur. Diximus enim his verbis, *in actionibus in rem iuratur in litem*, significari, iurari saltem in pluribus actionibus huius generis, quam in una rei vindicatione. Quod si in pluribus, & præsertim in hypothecaria, de qua alibi diserte scriptum est: rationem postulare, ut iuretur in omnibus. Idemque & de actione ad exhibendum ratione collegimus. At non item patitur ratio iuris, ut iuretur in litem in omnibus bonæ fidei actionibus, ut ostendi; ex quo est dissimilitudo interpretationis. Quod ait Ulpianus in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* iurari in litem in commodato, *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis*: si hoc tantum dixisset, magis locus adversaretur. Sed addit, *similiter*: quod verbum rem expedit. Hoc enim efficit, iurari quidem in litem in commodato, ut in cæteris bonæ fidei iudiciis, sed *similiter*, idest, similibus in caussis, & similibus conditionibus, quibus in cæteris in litem iuratur. Quod ita fit, si quid a nobis profectum repetamus, ut in deposito, locato, dote, tutelæ actione; in quibus iurari supra indicavimus. Ac de actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei, quæ genera hic commemorantur, dictum est: unde intelligatur, quod Marcianus ait in singulis his generibus admitti iusiurandum in litem, sic tamen: ut sciamus inter hæc hoc interesse, quod duorum priorum generum actiones omnes hoc iusiurandum recipiunt; bonæ fidei autem actiones non omnes. Ac quæ non recipiant, ostendi. † Nunc quoniam ille 5
tria hæc genera tantum recenset, in quibus in litem iurari dicat: videamus, an in his solis in litem iuretur. Et habet hoc certarum specierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit, in quibus aliquid concederet, hoc ipso intelligatur de cæteris non sensisse. *L. cum de laniónis, § cui fundum, infr. de inst. vel inst. legat. L. maritus, C. de proc.* Idcirco Marcianus tria genera ista sola enumerando, satis significat in his solis in litem iurari. Quod & concedendum est: dum tamen hoc sic interpretemur: in his solis actionibus iurari, & si quæ sunt similes. Semper enim in paribus caussis eadem ratio ius idem admittit. *L. nam ut, supr. de legib. L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Et vero ita statuendum est: etiamsi quæ sint actiones in personam, non in rem, aut ad exhibendum, & non sint eæ bonæ fidei; si tamen competant ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, aut alioqui ad ius nostrum pertineat: in his itidem in litem iurari. Declaratur id exemplis harum actionum. Quod metus caussa, de dolo, rerum amotarum, Favianæ de rebus alienatis in fraudem patroni. Omnes sunt in personam, nec sunt ad exhibendum; aut bonæ fidei; in omnibus tamen iuratur in litem. Iuratur in actione Quod metus caussa, & de dolo. *L. arbitrio, in pr. supr. de dol.* atque has in personam esse diserte scriptum est in *§. præterea, Inst. de act.* Iuratur in actione rerum amotarum. *L. si cum dos, §. ult. infr. rer. amot.* & hæc actio condictio est. *L. rerum, 28. rer. amo.* proinde in personam actio. *L. actionum, infr. de oblig. & action.* Postremo iuratur in actione Calvisiana & Faviana. *L. tenetur, infr. si quid in frau. pat.* quæ & ipsa est in personam. *L. 1. §. hæc actio, eod. tit. si quid in frau. pat.* Cur ergo in his pariter iuratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia similia ad iusiurandum admittendum. Persequuntur enim rei nostræ, certe a nobis profectæ resti-

reſtitutionem: & ſi contumacia quæritur, ſunt & ipſæ arbitrariæ, ideſt, eiuſmodi, in quibus arbitretur prius iudex rem reſtitui: cui arbitrio cum non pareatur, fit illa contumacia non reſtituentis, quæ in actionibus in rem & ad exhibendum iureiurando in litem coercetur. Utraque autem de cauſſa placet litem hoc iureiurando æſtimari, & quod contumacia punienda ſit, & quod arbitrio potius domini pretium rei ſit ſtatuendum, *L. tutor, infr. eod.* Ac quo minus de his dubitemus, putemuſque ſingulari aliqua ratione propria iſta eſſe ſuperiorum actionum; exſtat generalis præceptio Ulpiani de hoc genere in *L. qui reſtituere, in fi. ſupr. de rei vind* qui cum dixiſſet, eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret: ſi quidem dolo fecit, quominus poſſet, damnandum eſſe, quantum adverſarius in litem iuraverit; ſi culpa: non pluris, quam quanti res eſſet: ſubiicit hanc definitionem: *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur,*
6 *locum habet.* † Quæ ſi ita ſunt, licet rem in ſummam colligere, & breviter ſtatuere hoc modo: Duobus in generibus actionum iuratur in litem in omnibus ad exhibendum, & in omnibus in univerſum, quibus ad reſtituendam rem agitur, quæ res vel noſtra ſit, vel ad ius noſtrum pertineat, ut pignus, aut res bona fide poſſeſſa, vel a nobis ita ſit profecta, ut non propterea a iure noſtro receſſerit, quales ſunt commodatæ, depoſitæ, locatæ, & quorum alienatio per in integrum reſtitutionem infirmatur, ut vi aut dolo expreſſæ. Quæ actiones ad reſtituendum eiuſmodi ſunt, nihil intereſt, in rem ſint, an in perſonam: & ſi in perſonam erunt, nihil refert, utrum ſint bonæ fidei, an non ſint. Contra, quibus actionibus ad rem nunc primum nobis dandam, tradendamve agitur, quales ſunt maxima ex parte in perſonam: aut agitur quidem ad rem reſtituendam, quæ a nobis profecta ſit, ſed cuius dominium a nobis volentibus receſſerit; aut ſic agitur, quaſi receſſerit: quales ſunt, condictio indebiti, aut ob cauſam, aut etiam furtiva. In his in litem non iuratur etiamſi maxime bonæ fidei ſint. Huius iuris ratio & æquitas hæc eſt, quod huic iuriiurando duæ res cauſſam præbent, contumacia rei; & quod de re petitoris aut ad ius poſſeſſionemve eius pertinente agitur. Nam contumacia merito punienda eſt: & pretium rei æquum eſt arbitrio domini ſtatui, *d. L. tutor, infr. eod.* Hæ cauſſæ in priores illas actiones cadunt; in poſteriores non cadunt. Ita his cauſſis concurrentibus in prioribus iusiurandum admittitur; in poſterioribus una etiam ceſſante denegatur.

Sed iudex potest præfinire certam summam] † Tota hæc oratio uſ-
que ad illa verba, sed in his omnibus, 7
huc ſpectat, ut declaretur, quæ ſit vis iuriſiurandi in litem, ſeu quæ ſit poteſtas iudicis in eo non ſequendo. Quod enim ait Marcianus, iudicem poſſe præfinire certam ſummam, uſque ad quam iuretur, hoc continet: ſi præfinierit, ultra iurare non licere; eoque ſi iuratum ſit, iuſiurandum non eſſe ſervandum, ut docui ad *L. 4 §. iurare, ſupr.* Quod addit, etſi iuratum fuerit, nempe nulla taxatione initio præfinita, licere iudici vel abſolvere, vel minoris condemnare, nihil aliud eſt, quam iudicem etiam iam poſſe contemnere iuſiurandum, aut in totum, quod fit reum in totum abſolvendo; aut pro parte, quod fit reum condemnando, ſed minoris quam iuratum eſt. Ut appareat Marcianum hoc ſentire: licere iudici iuſiurandum actoris in litem non ſequi, non ſolum tunc, cum modum iuriiurando ab initio ſtatuit, quod facere poteſt; ſed etiam cum ſine ulla taxatione iuratum eſt. Eſt igitur, ut dixi, totus locus de vi huius iuriſiurandi, aut quod idem eſt, de poteſtate iudicis in eo non ſequendo. Locus pluribus iam ante ab Ulpiano tractatus in *L. 4. §. iurare, & §. item videndum*, ubi a nobis eſt expoſitus. Neque ideo hic locus inutilis eſt: habet enim illius ſuperioris breviter ſummam comprehenſam. Illud monendi ſumus, quod hic traditur, etſi iuratum fuerit, licere iudici reum vel abſolvere, vel minoris condemnare: explicandum eſſe ex *d. L. 4 §. item videndum, ſupr.* & ita temperandum, ut liceat, ſed *ex magna cauſſa, & poſtea repertis probationibus:* quæ circumſcriptio nominatim illic adiicitur.

† Sed in his omnibus] Quod dici- 8
tur in ſuperioribus actionibus in litem iurari, ſic accipiendum eſt; ſi cætera concurrant, quæ huic iuriiurando locum facere initio huius tituli diximus. In quibus ut ſpectatur, quis agat, & quod ſit ius petitoris: de quo dictum eſt partim ad *L. 4 in pr. ſupr.* partim hac *L. in pr.* item qua de re: de quo in *L. 3. ſupr. eod.* Ita & illud maxime, adverſus quem agatur. Neque enim quamvis in iiſdem actionibus, eodem iure petitoris, & iiſdem rebus hoc iuſiurandum deferri poteſt adverſus omnes. Id autem eſt, quod hic de-

cla-

claratur. Iuratur in litem in omnibus actionibus adversus eum, qui rem non restituit, aut non exhibet: *L.* 2. §. 1. *sup. eod.* sed non omnem. *In his omnibus*, inquit Marcianus, *ob dolum solum in litem iuratur; non etiam ob culpam.* Quo non aliud significatur, quam non deferri hoc iusiurandum, nisi adversus eum, qui non restituens aut non exhibens, hæc ipsa dolo non facit, non etiam qui culpa tantum, ut declaratur in *L. qui restituere, supr.* de rei vind. *Hæc enim*, inquit Marcianus, *iudex æstimat*. Legendum est, *hanc enim*, ut iudicis æstimatio ad solam culpam referatur. Sola enim culpa est, quæ a iudice æstimatur, ut & scriptum est in *L. præcedente in fin.* ex culpa æstimatio a iudice facienda est. Dolus non restituentis non iudicis æstimationi, sed petitoris arbitrio committitur. *L. tutor, infr.* Recte autem dixit *ob dolum*, non *ob contumaciam*: non quod contumacia non sit dolus, & ob hanc maxime non iuretur in litem; sed quia doli verbum plus complectitur, & Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum in litem iurari. † Dolus quo fit, ut res non restituatur aut exhibeatur, duplex est: 9 præsens & præteritus. Præsens est, cum qui pollidet aut habet rei restituendæ facultatem, iussus restituere iudici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adversus hunc citra controversiam iuratur in litem *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *supr. L. tutor, infr. eod.* Præteritum voco, cum reus nunc quidem cum iubetur, rem non possidet, ut præsenti quidem dolo nihil faciat, si rem non restituit, qui etiam si maxime nunc velit, tamen restituere non possit; sed prius dolo fecit, quominus possideret. Nulla hic quidem proprie contumacia est non restituentis; sed nihilominus & hic dolus iureiurando in litem coercetur. *L. qui restituere, supr. de rei vind. L. sed etsi lege, §. hæc verba, supr. de her. pet. L. si fundus, §. in vindicatione, infr. de pig.* Fit hoc ex perpetuo iure, quo placuit, qui dolo possidere desierunt, pro possessoribus esse habendos. *d. l. sed etsi, §. perinde, de her. pet. L. qui dolo, L.*
10 *parem, infr. de reg. iur.* † Quod ait in litem non iurari ob culpam, iudicem enim hanc æstimare, sic interpretandum est ex *L. qui restituere, supr. de rei vind.* ut qui nec potest restituere, nec dolo fecit quominus posset, si tamen culpa eius factum est, damnari debeat; sed ita, ut culpa, idest, damnum culpa datum solum æstimetur, & ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris quam quanti res est, quanti adversarii interest, reus condemnetur.* Culpam hic levem, non latam accipere debemus. Nam cum prius dixit ob dolum iurari in litem, etiam ob latam culpam iurari dixit: lata enim culpa dolus est. *L. quod Nerva, infr dep.* nec mutat, quod dicit ob dolum solum iurari in litem. Nam nec hac particula, *solum*, lata culpa unquam excluditur, nisi quid aperte de lata culpa excludenda in lege significetur, ut in lege Cornelia de sicariis. *L. in lege, infr. ad leg. Corn. de sic.* Argumento est, quod de deposito traditur dolum dumtaxat in eam actionem venire: *L.* 1. §. *ult. infr. dep.* nec minus tamen constat depositarium ob latam culpam teneri. *L.* 1. *C. dep.* idem & de mensore scriptum est in *L.* 1. §. 1. *supr. si men. fal. mo. dix.* Neque hæc inter se contraria sunt: siquidem, ut dixi, lata culpa interpretatione dolus est, aut ut est in *d. L.* 1. §. 1. *si men. fal. mo. dix.* lata culpa dolo comparatur, quod idem valet.

† Plane interdum). Indicat hoc 11 verbum, Plane, exceptionem hic esse præcedentis alicuius sententiæ. Servit enim hæc particula correctioni & exceptioni præcedentium, ut licet intelligere ex §. *si quis alii*, *vers. plane*, *Inst. de inut stip.* §. *sic itaque*, *vers. plane*, *Inst. de act.* Quod si hic exceptio est: erit & præcedentis alicuius sententiæ contrariæ, ut semper exceptio ex parte negat, quod regula generaliter continebatur. Quare cum sit exceptio his verbis concepta: *interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum esse:* necesse est intelligi, positam a Marciano prius fuisse generalem sententiam, qua definierit in hoc genere actionis in litem non iurari: sicque locum accipiendum, quasi ita scripsisset. Quod volui in actione stricti iudicii in litem non iurari, non est perpetuum: interdum enim etiam in hac actione iuratur, ac non tantum in illis, in quibus initio iurari dixi. At Marcianus nihil tale, ut videtur, prius definivit de actionibus stricti iudicii. Certe nihil eiusmodi verbis comprehensum est: eo merito dubitatur, unde hanc exceptionem inferat. Sed recte intulit ex præcedentibus. Vere enim & hanc sententiam prius statuerat, in actionibus stricti iudicii non iurari in litem: non expressit verbis; sed satis enumeratione certorum generum declaravit, cum dixit in litem iurari in actionibus in rem, ad exhibendum, & bonæ fidei, nec præterea alias adiecit.
† Sciendum est enim tria esse genera actio- 12

ctionum: quasdam bonæ fidei, quasdam arbitrarias, quasdam stricti iuris. Enumerantur quidem in *d.* §. *actionum autem*, duo tantum hæc genera, bonæ fidei, & stricti iuris: ut in eo loco consistenti, nec spectanti quod paulo post sequitur, non aliud possit videri, quam hæc genera duo tantum esse: quod maximæ parti interpretum veterum accidit. Quo admisso reperietur Marcianus non modo prius non dixisse in actione stricti iuris in litem non iurari, sed etiam aperte contrarium confirmasse. Dixit enim iurari in actionibus in rem, & ad exhibendum, ergo in actionibus stricti iuris, si superiora duo genera tantum sunt: quoniam istas actiones non esse bonæ fidei constat, ut quæ inter eas non enumerentur in *d.* §. *actionum autem*, *Inst. de act.* sed animadverti debuit continenter tertium genus adiici, idque diversum a duobus illis prioribus: nempe arbitrariarum actionum in §. *præterea*, *Inst. eod.* ut sic genera tria efficiantur, quæ dixi, quæ Papinianus non obscure notavit in *L.* 3. 1. *resp.* illic, *in iis autem iudiciis*, infr. *de usur.* Ex his Marcianus duo tantum initio complexus est, in quibus in litem iurari diceret, bonæ fidei & arbitrarias. Nam in rem & ad exhibendum, arbitrariæ sunt, ut declaratur in *d.* §. *præterea*, *Inst. de act.* & fere solæ hæ arbitrariæ: excipiuntur enim paucæ, quæ sunt in personam, quas supra indicavi, & in quibus pariter in litem iurari dixi. His duobus generibus tantum iusiurandum in litem attribuens, hoc ipso cæteras actiones, quæ in alio genere essent, exclusit, ut initio huius capitis ostendi. Hæ autem reliquæ sunt, quæ sunt stricti iuris, seu stricti iudicii. Unde intelligitur satis hoc eum signisicasse, in his ipsis in litem non iurari. Hoc cum sensisset & animadverteret ex verbis satis intelligi: nunc temperat, quæ huius loci exceptio & correctio est: & monet non esse perpetuum, sed & in his *interdum in litem iurandum esse*. Ergo etiam
13 his iusiurandum in litem tribuit † Stricti iudicii actiones vocat cum Ulpiano in *L.* 3. §. *in hac*, *infr. commod.* quæ dicuntur actiones stricti iuris in §. *actionum autem*, *Inst. de act.* Quamobrem utrumque nihil ad quæstionem huius loci pertinet: ideo satius est in suum locum reiicere, ubi de his ex professo agitur, idest ad *d.* §. *actionum*. Tantum illud levi opera satis est intelligi, quæuam sint huius generis, ne frustra etiam in eo genere iusiurandum in litem hic admitti dicatur. Quod ex *d.* §. *actionum*, & §. *præterea*, *Inst. de act.* nullo negotio sumi potest. Non explicatur illic quidem aperte, quæ sint actiones stricti iuris; sed aliorum generum tum enumeratione, tum declaratione id præstatur. Statuuntur enim illa genera tria, quæ modo dixi, ut sint quædam actiones bonæ fidei, quædam stricti iuris, quædam a prioribus duobus generibus distinctæ, arbitrariæ. Actiones bonæ fidei recensentur in *d.* §. *actionum autem*. De arbitrariis tantum traditur in *d.* §. *præterea*. Ut intelligi possit esse arbitrarias omnes ad exhibendum, omnes item in rem; ex his autem quæ sunt in personam, quæ quidem non sunt bonæ fidei, arbitrarias esse partim eas, quæ ad rem iuris nostri restituendam competunt, ut de dolo, & quod metus caussa; partim actionem ex stipulatu de eo, quod certo loco promissum est: de quibus fusior tractatio illis locis convenit. Extra has actiones quæ relinquuntur, illæ sunt nimirum, quæ stricti iuris, seu stricti iudicii appellantur: qualis iam esse intelligitur actio ex stipulatu & actio ex testamento. quæ duæ exempli caussa commemorantur in *L. alias seq.*

Longius progredi in istorum generum explicatione per se utile est, & cum res postulat, necessarium; ad huius loci cognitionem non est necesse. Usque adeo, ut his etiam quæ dixi ad actionum huius generis indicationem, locus ipse carere potuerit. Ut enim locus sit ei iniurando, de quo hic agitur, non exigitur, ut sit actio stricti iuris; sed solum ut res debita post moram perierit, ut postea sequitur: quod non minus & in aliis actionibus contingere potest: & an factum sit, intelligere possumus, etiamsi utrum actio sit bonæ fidei, an arbitraria, an stricti iuris, ignoremus. Solum autem in hac re spectari eam caussam, quam dixi, non autem genus actionis, verba Marciani manifeste ostendunt. Scribit enim; *interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum*. Ait, *& in actione:* quod significat non solum eodem modo iurari ex hac caussa in actionibus cæteris, idest, bonæ fidei, & arbitrariis; sed & in actione stricti iudicii. Aperte enim particula, &, hanc actionem cum cæteris copulat. Et sane si in actionibus stricti iudicii ex superiore caussa hoc iusiurandum admittitur: multo magis ex eadem caussa admitti oportet in cæteris, in quibus omnia plenius tribuuntur. Ita iusiurandum omnium actionum commune, & caussam communem agnoscimus: ut iam hic non qualis sit actio, sed quæ sit caussa iuris-

iurandi, quærendum sit. Hæc dico, non reprehendens, si quis hoc loco de his generibus actionum disserat: quod a Francisco Duareno non sine magna laude, & summa utilitate factum scio, cum id præcipue sibi propositum haberet; sed ne quis etiam reprehendat in nobis, si fusiorem de his tractationem hoc loco non necessariam indicantes, eam in suos locos reiicimus, quærimusque, quid huic loco maxime conveniat.

Hoc autem solum convenit intelligi, cum de iureiurando huius loci quæritur, nihil referre, qualis sit actio qua agetur, utrumne bonæ fidei, aut arbitraria, in quibus solis paulo ante in litem iurari dixit; an vero ea quæ neutrum sit, idest, quæ sit stricti iuris: nam & in hac etiam hoc iusiurandum admitti. Deinceps quid hic isti generi actionum tribuatur, consideremus. In quo reliquæ partes definitionis hic traditæ, nobis expendendæ sunt: quæ & ipsæ potissimum habent quæstionem. Sunt autem hæ partes, & quæ circa has quærantur. Ait enim, *& in actione stricti iudicii in litem iurari*. Quod iusiurandum in litem hic intelligit: idemne, quod prius totidem verbis appellavit? Ait, non *iurari*, sed *iurandum esse*, cur potius iurandum esse verbo necessitatem significante, quam *iurari*, ut in superioribus actionibus? Ait iurari, non semper, sed *interdum*. Quando igitur? Ait, *& in actionibus stricti iudicii*. Num ergo & in actionibus aliis? Ut in summa de hoc iureiurando quatuor hæc quærantur: quod sit iusiurandum, quæ necessitas deferendi; quæ caussa, seu quæ res id inducant; tum in quibus actionibus. Hæc, inquam, nobis ordine cognoscenda sunt: in quibus huius partis, atque huius iurisiurandi
14 explicatio continetur. † Ait igitur in hac actione in litem iurari: nempe totidem verbis, quibus prius in superioribus actionibus in litem iurari dixit: ut si verba sequimur, nihil proponatur, cur non hic idem iusiurandum accipere debeamus, quod prius nominavit. Nihil enim aperte adiecit, quo hoc ab illo distingueret. Sed & illud, quod prius dixit, in actionibus in rem, & cæteris in litem iurari, nunc temperat, & velut exceptione corrigit, ut ante ostendi: exceptio autem est de rebus regula comprehensis. Itaque vel exceptio ipsa facere videtur, ut idem iusiurandum utrobique accipi debeat. Num ergo idem intelligere debemus? Verba, ut dixi, prima fronte suadent; sed res & sententia refragantur. Quod enim initio dixerat iurari in litem in actionibus in rem, ad exhibendum, & bonæ fidei, id postea sic interpretatur, ut admittat *ob dolum solum rei, non etiam ob culpam*. Nunc autem quod vult etiam in actione stricti iudicii interdum in litem iurari, admittit etiam ob culpam debitoris. Admittit enim ob eius moram: mora autem culpa est. *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* & ea quidem, quæ sæpe dolo careat. Quid enim, si is qui in diem debuit, suo die non solvat? Moram facit; sed non utique dolo: cum fieri possit, ut ideo differat, quia creditorem putavit facile passurum hanc moram, puta amicum hominem, aut alioqui creditorem non molestum. Aut ergo Marcianus aliud prius, aliud nunc iusiurandum intelligit; aut si de eodem iureiurando hæc dicit, pugnantia secum loquitur. Non enim ad rem pertinet, quod nunc iusiurandum admittit ob culpam quidem, sed in actione stricti iuris: cum quod prius id denegavit, id fecerit in aliis actionibus. Nam hoc modo non iam tam contraria, quam absurda diceret: cum si iusiurandum ob culpam admittatur in strictis iudiciis, multo citius admitti debuerit in arbitrariis & bonæ fidei, in quibus pleniora omnia recipiuntur. *§. in bonæ, §. præterea, Inst. de action.*

Res ergo ostendit, quibuscunque verbis Marcianus ista exprimat, aliud tamen atque aliud iusiurandum in principio atque hoc loco accipi debere: quæ re ipsa tam aperte ab illo distinguuntur. Nam ut putemus eum de eadem re eodem in loco atque adeo continenter contraria scripsisse, nulla ratio patitur. † Et res ita habet, ut initio huius tituli docui. Iusiurandum in litem de æstimatione rei duplex est. Unum, quo iurat actor quanti rem æstimet, vel ex effectu, quamvis ultra rei pretium. Alterum, quo iurat de vera æstimatione, idest, quanti res vere sit, seu quanti sua intersit. Prius multis locis notatum est, maxime autem in *L. 1. L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr. eod.* ac de eo loquitur initio huius capitis Marcianus, cum ait in actionibus in rem, ad exhibendum, & bonæ fidei in litem iurari. Scimus enim ex aliis locis in illis actionibus id iusiurandum recipi, ut tot locis constat, quot supra a me eodem initio capitis in singulis generibus earum actionum indicati sunt. Neque vero obscure Marcianus de eo se sentire declarat, cum subiicit, in omnibus iis actionibus, quas nominaverat, ob dolum solum in litem iurari. Illic enim solum dolus & contumacia non exhibentis aut non restituentis 15

in

in iureiurando in litem exigitur, cum iuranti sit potestas rem æstimandi, ut videtur, etiam supra verum pretium. *d. L.* 1. *L.* 2. *§.* 1. *supr. d. L. tutor, infr.* Atque ut nihil amplius dixisset quam in superioribus actionibus in litem iurari; tamen appellatione iurisiurandi in litem recte prius istud iusiurandum acciperemus, quia in usu iuris specialiter per excellentiam ita dicitur. Unde est quod hic, & in *L.* 4. *§. ult. supr.* dicitur absolute iusiurandum in litem ob culpam non deferri. Quod nisi de priore illo intelligitur, falsum est, & pugnabit cum hac parte posteriore, in qua etiam ex culpa interdum in litem iurari dicitur: de quo paulo post. Nec abs re est, quod id iusiurandum in litis æstimationem specialiter dicitur, cuius æstimatio vere & præcipue actori committitur: id autem tunc fit, cum commit-
16 titur arbitrio actoris. † Posterius iusiurandum in id quanti res est, intelligit Marcianus hoc loco, cum & *in actione stricti iudicii in litem iurari* ait. Inepti essemus, fateor, si hoc ita interpretaremur, quia ita tantum scriptum esset, etiam in hac actione in litem iurari: cum potius in iisdem verbis par esset idem iusiurandum accipi. Sed ipse hoc se intelligere postea indicat: quod diligenter hic observandum est. Non enim simpliciter dicit hic iurari in litem, sed *interdum*; ac mox quando id, & qua in æstimatione rei fieri velit, explicat, ait enim id tum fieri, cum res perit post moram debitoris, idque ideo, quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non possit rem, quæ non extat. Hac ratione aperte declarat admittere se solum hoc iusiurandum in ea re perempta, quam iudex æstimare debeat; quam tamen non possit æstimare sine delatione iurisiurandi. Unde intelligitur & in ea re solum admittere, de cuius vera æstimatione agitur. Nam primum æstimare rem, nihil aliud est, quam æstimare, quanti res est: hoc autem veram æstimationem continet. *L.* 2. *§. ult. supr. qui sat. cog.* Deinde quoties æstimatio rei iudici committitur, ut hic fit, hoc intelligitur committi, ut iudex ex vero rem æstimet, & id damnum quod re vera inducitur, ut præcipitur in *L. unica. vers. in aliis autem, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Et certe quæ æstimatio pretium excedit, hæc iudici non committitur, sed actori, cuius arbitrio res æstimatur. *L. tutor, infr. eod.* Prius ergo iusiurandum accipitur, cum nominatur simpliciter iusiurandum in litem, ut fit in priore parte huius capitis; sed hoc tandiu, quandiu auctorem de altera specie sensisse non appareat, ut hic de altera eum sensisse appareat. Sed si nunc de iureiurando quod fit in veram æstimationem, non de illo priore Marcianus loquitur: quomodo convenit, quod hanc partem a priore velut excipit, cum hoc iusiurandum cum priore nihil commune habeat, eoque ab illo nisi inepte excipi non possit? Recte convenit. Nam ex eo, quod prius dictum est in actionibus arbitrariis & bonæ fidei solis in litem arbitrio actoris iurari, intelligimus in actionibus stricti iuris eodem modo in litem non iurari: & id perpetuum est, nec inde quidquam excipitur. Sed ex eo hoc etiam effici videbatur, in actionibus stricti iuris nullo modo iurari in litem, aut certe de eo poterat dubitari. Ex hac tacita collectione est id, quod nunc subiicitur. Eam enim Marcianus explicat, & maiore ex parte confirmans aliquid inde excipit: & recte excipit, cum generalis sententia fuerit. Unde quæcunque species postea excipietur, recte dicatur prius in oratione generali comprehensam fuisse. Sic ergo exceptio prioribus aptanda est: quod dixi in actionibus arbitrariis & bonæ fidei in litem iurari, easque solas nominatim appellavi, eo spectat, ut intelligatur in totum non iurari in litem in cæteris, puta stricti iuris. Quod & maxima ex parte verum est: sed tamen non est perpetuum, plane enim & in his interdum in litem iurandum est.

Hoc de genere † iurisiurandi hoc loco 17
recte constitui in primis utile est: ex quo tria hæc assequimur. Nam primum statuitur hic iusiurandum in litem, quod fit de vera solum rei æstimatione, idque in strictis iudiciis, & solum etiam ob culpam: quod genus aut non traditur alibi, aut aperte, ut hic, in litem non nominatur. Deinde intelligimus, ut in actionibus stricti iudicii ei iurisiurando locus est: sic in eo genere non esse unquam locum illi alteri, ut res ultra verum pretium arbitrio actoris æstimetur. Qui enim in hoc genere interdum iurari in litem dicit, & id iusiurandum interpretatur, quod sit de vera æstimatione: aperte unam tantum speciem iurisiurandi ei generi tribuendo, ei cæteras adimit. arg. *L. maritus, in fin. C. de proc. L. cum de lanionis, §. cui fundum, infr. de instrum. vel instr. leg.* Sed & vulgo vere dicitur, exceptionem confirmare regulam in omnibus, quæ excepta non sunt. *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa, infr. de inst. vel inst. leg.* Quod autem iusiurandum in litem de vera æstimatione tribuitur hoc

loco actioni stricti iuris, exceptio est præcedentis sententiæ, qua significabatur in actione stricti iuris in litem non iurari. Quare hac exceptione ius illud prius in altero iureiurando non exceptio confirmatur. Postremo superiore distinctione iurisiurandi constituta, fit, ut intelligatur non esse hæc contraria: quod in hoc capite prius dicitur in actionibus omnibus, quas initio appellaverat ob solum dolum in litem iurari, non etiam ob culpam, quod generaliter de omnibus actionibus traditum est in *L.* 4. *§. ult. supr.* hic autem dicitur etiam ob culpam iusiurandum in litem deferri, & quidem in actione stricti iuris. Dicta enim hæc sunt de alio atque alio iureiurando: quæ genera quam recte in hac re distinguantur, tum intelligetur, cum de caussa huius posterioris dixero. Quod si de eodem iureiurando dicta essent, non effugeremus, quin essent contraria. Nec quidquam nos adiuvaret, quod cum dicitur hic *interdum in litem iurari*, adiicitur *in actione stricti iudicii:* cum prius illud dictum esset, in actionibus arbitrariis dumtaxat, & bonæ fidei. Ut enim iam ante attigi, quod hic dicitur fieri in actione stricti iudicii, non simpliciter dicitur, sed addita particula, &, his verbis, *interdum & in actione stricti iudicii:* quæ oratio etiam reliquas actiones coniungit, & omnibus tribuit idem hoc iusiurandum. Et ut simpliciter dictum esset, interdum iurari in litem in actione stricti iuris: tamen quacunque de caussa id fieri diceretur, ad actiones etiam arbitrarias, & bonæ fidei multo magis pertineret: cum plenius omnia in illis actionibus admittantur. *d. §. in bonæ, §. præterea, Inst. de act.* Sed ut dixi, scripta sunt ista de diversis generibus iurisiurandi, & utrumque in suo genere vere & convenienter dicitur. Nunquam enim iuratur in litem ob culpam, ut litis æstimatio arbitrio actoris permittatur: quæ prioris partis sententia est. At recte iuratur interdum in litem ob moram, idest, culpam debitoris, cum res post moram periit, & solum de vera rei æstimatione agitur: quæ sententia est huius partis posterioris.

18 † Ait hic non iurari, ut in prioribus actionibus, sed *iurandum esse:* non otiose, sed quo significetur iusiurandum hoc, quod defertur interdum etiam in strictis iudiciis, necessarium esse; prius illud magis voluntarium. Quod & verum est. Re enim perempta quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre iusiurandum actori de vera tantum rei æstimatione, necessitatis est, ubi illi aliter consuli non possit: quod fit in eo iureiurando, de quo nunc agitur, ut postea declarabitur. Deferre autem actori, ut litem arbitrio suo æstimet, idque supra rei pretium, quod fit in priore iureiurando, voluntatis est, & pœnæ, non ullius necessitatis: cum intra veram æstimationem consistendo, id est, id quod ei abest, sarciendo, non minus rem salvam habere potuerit. Unde & præcipue dicitur hoc iureiurando contumacia rei puniri. *L. tutor, supr.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori consuleretur.

Ait, iurari interdum. Quando igitur? explicat his verbis: *veluti*, inquit, *si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit.* Dixit *veluti*, ut intelligeremus sic eum certas res nominare, ut tamen nominet exempli caussa, ac nihilominus sub una specie res omnes eiusdem generis ac similes accipere debeamus, ut fit, cum exempli caussa aliquid dicitur. *L.* 1. *§. quod vulgo, infr. unde vi.* Atque hoc modo hic & de promissore, & de Sticho, & de mora, & de morte loquitur. Nam etsi debeatur quid non ex promissione; sed ex alia caussa, puta ex testamento, idem est, ut declaratur *L. alias, seq.* Unde & regula paulo ante concepta est generaliter de actione stricti iudicii. Idem, etsi non Stichus, sed res quævis alia debeatur. Hoc enim solum spectatur, an debitor in re debita moram faciat, ac postea res decedat. Sed etsi culpa debitoris res debita perierit, quamvis sine mora, idem dicemus: propterea quod culpa alia æque ac mora perpetuat obligationem. *L. si servum, in pr. & §. sequitur, infr. de ver. ob.* Quibus consequens est, ut si alia res debeatur, quam quæ mori possit, in huius quoque amissione seu interitu rei convenienter idem intelligi oporteat. † Ergo in summa sub 19 appellatione certarum rerum nihilominus generalis definitio est, qua Marcianus caussas huius iurisiurandi complectitur. Ac breviter intelligimus duas res in universum esse, quæ hoc iusiurandum in actione stricti iudicii inducant: culpam debitoris, quæ perpetuarit obligationem, & interitum rei debitæ: ut neque culpa debitoris re adhuc exstante, neque rei interitus sine præcedente culpa quidquam proficiat ad hoc iusiurandum. Quæ cur duo hic exigantur, & simul coniuncta cur ad hoc prosint, cognoscendum est. Primum moram, aut sine mora culpam debitoris intervenire oportet, ut vel mora ab eo facta, vel culpa eius res perierit.

Hoc

Hoc ideo, ut procedat, quod de interitu rei postea amplius exigitur. Nam si ad hoc iusiurandum etiam rem interire oportet, omnino necesse est, ut interitum culpa debitoris præcedat: quoniam si prius res pereat, quam per debitorem factum sit, quominus daret, iure liberatur. *L. si ex legati, infr. de verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* & quidem ita, ut nec æstimationem debeat. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Fal.* Quo fit, ut quæstione de æstimatione rei sublata, simul etiam iusiurandum, quod de ea æstimatione est, tollatur. Vel verius, ut actione sublata aut nullum iudicium esse possit, in quo hoc iusiurandum postuletur, aut iudicio instituto iudex reum absolvere, non litem adversus eum æstimare debeat. At mora facta, perpetuatur deinceps obligatio: ut quamvis res pereat, postea nihilominus tam teneatur debitor, quam si res exstaret, *d. L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, L. nemo, §. 1. infr. de verb. oblig.* Unde & re perempta etiam nunc de æstimatione rei superest actio. *L. in re, infr. de cond. fur.* Idem est, etsi culpa debitoris res perierit. *d. L. si servum, in pr. & §. 1. de ver. obl.* Cum autem hic exigatur culpa tantum in hoc, ut re perempta perpetuetur obligatio: apparet quam recte exigatur sola culpa, non etiam dolus; quippe ad perpetuandam obligationem sola culpa sine dolo satis est. *d. L. si servum, §. sequitur.* Itaque neque mirum, neque his contrarium videri debet, quod prius dictum est, in arbitrariis & honæ fidei actionibus *ob dolum solum in litem iurari*. Nam præterquam quod id dicitur de eo iureiurando, quo res ex affectu domini æstimatur, quæ pœna ut gravior est, ita maius delictum desiderat: hoe etiam accedit ad dissimilitudinem, quod in illo iureiurando dolus & contumacia per se spectantur, & quia tales sunt, coercentur; non etiam in re perempta ad perpetuationem obligationis exiguntur, ut in eo de quo nunc agimus. Nihil prodest ad hoc iusiurandum inducendum mora debitoris, ac ne dolus quidem recusantis, nisi & res post moram interciderit in totum, aut ex parte, ut eatenus iam non exstat. Ait enim Marcianus *in stricti iudicii actione iurari in litem* hac conditione, *si Stichus promissus post moram decesserit*. Unde colligitur, si adhuc exstet, in his iudiciis in litem non iurari. Arg. in *L. 1. vers. huius, supr. de offi. eius.* Et quidem ad rem quæ non exstat, ratio sequens collata est. Sed & hoc apertius declaratur in *L. alias, seq.* cum ita dicitur: *alias si ex stipulatu vel ex testamento*, idest, in strictis iudiciis *agatur, non solere in litem iurari*. Ubi verbum, *alias*, non potest referri, nisi ad conditiones prius comprehensas, quæ significantur ideo esse adiectæ, quia *alias*, idest, extra has in his iudiciis non iuratur in litem. Videndum ergo, cur ad hoc iusiurandum etiam exigatur, ut res debita non exstet. Et ratio hoc loco addita est: *quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest rem, quæ non exstat*. Sic enim legendum est, non ut in Pand. Florentinis, *sine relatione iurisiurandi*: quod pene supervacuum est monere: est enim in promptu: quia nemo de re controversa iusiurandum defert iudici, ut quis dicat id postea a iudice referri: maxime autem iusiurandum in litem, quod totum defertur a iudice, & si ab alio delatum sit, nullum est. *L. 4. §. deferre, supr.*

Et hoc de verbis constat. Sed ratio ipsa per se parum expedita est, omninoque diligenti cautione & animadversione indiget. Videtur enim pariter & sententiam falsam continere, & ad id quod propositum est, esse inepta: ut si ita est, nulla potuerit adferri vitiosior. Primum falsum, non posse iudicem rem quæ non exstat, æstimare sine delatione iurisiurandi. Quid enim? an non potest actorem cogere, ut probet rem tanti esse, quanti esse dicit, & eo probante rem tanti æstimare sine alio actoris iureiurando? Sed & sine alia eius probatione aut iureiurando an non potest illi affirmanti credere? nam quomodo rem æstimat, cum actor delato sibi iureiurando de æstimatione iuravit? non aliter, quam eius affirmationem de rei æstimatione sequendo, & tanti reum condemnando. Quid ergo prohibet, quominus & cum ille nihil iuravit, sed tantum rem tanti esse affirmavit, hanc eius affirmationem iudex sequatur, ut tanti & ipse rem æstimet, & tanti reum condemnet? Iniquum est, dices, talem affirmationem sequi sine iureiurando. Sed nihil hoc ad defensionem, ut videtur. Non enim dicitur iniquum esse rem ita æstimare; sed iudicem ita æstimare non posse; quod verum non est. Iam vero ut maxime sententia vera sit; tamen quia pro ratione affertur, hoc ipso vitiosa est, si non est idonea ad efficiendum id, ad quod adhibetur, qualis esse hæc videtur. Sic enim colligit: quia rem quæ periit, iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest, ideo in litem, id est, in eam æstimatio-

mationem deferendum iusiurandum, & iurandum est, ut scilicet iudex hanc secutus tanti reum condemnet. Non recte colligitur, dixerit aliquis. Non enim necesse est ad rem æstimandam iusiurandum adhibere, nisi prius constiterit actore æstimationem non probante, nihilominus rem a iudice esse æstimandam, ut reus in eam æstimationem condemnetur: quinimo æstimatione sublata supervacuum est de æstimatione iusiurandum. At de necessitate hac rem æstimandi nihil Marcianus dicit; & si rem hoc casu æstimandam esse diceret, videri posset falsum quoque hoc esse: cum potius dici debuerit iuxta regulam iuris, actore non probante non litem adversus eum æstimandam, sed reum absolvendum. *L. qui accusare, C. de eden.* Quæ explicanda sunt. Et ut sunt illa a me proposita, ita prius de veritate sententiæ respondebo. Quod ergo dicitur non posse iudicem rem quæ non exstat, sine delatione iurisiurandi æstimare, re vera falsum est, si quis de eo, quod natura fieri potest, interpretetur. Sed hoc sic accipiendum est: ut non possit iure atque ex officio iudicis, quia non potest sine iniuria aut actoris aut debitoris. Namque si volet ideo rem æstimare sine delatione iurisiurandi, quia probationem exigat ab actore, & huic probationi tantum credi velit: id quidem instituit, quod fieri natura concedit. Potest enim actor id probare, ut deinde iudex fidem huius probationis sequatur; sed fiet actori iniuria, si hanc probationem potius ab invito exiget. Sic enim eveniet, ut illo de æstimatione non probante, reus absolvi debeat. At re amplius non exstante, æstimationis eius aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio est. Nam instrumentis hic locus non est. Neque enim ulla instrumenta confici solent, quæ contineant, quanti res sit, cum interit. Testes qui de æstimatione dicant, non temere reperiri possunt. Aut enim rem cum exstaret, non viderunt; aut si viderunt; non observarunt curiosius, quanti esset: aut si quando obiter observarint, nunc non meminerunt. Porro actorem in hac caussa ideo æstimationem amittere, quia de ea docere non possit, aperte iniquum est: cum cur res perire, ideoque & de æstimatione rei illi agendum esset, per debitorem factum sit: cuius mora, aut culpa actori nocere non debet. *L. in condemnatione, §. unicuique, L. factum, infr. de reg. iur.* Ita, ut dixi, non potest in hac re sine actoris iniuria probatio ab eo exigi, ubi hanc iudex omissa delatione iurisiurandi omnino sequi velit. Quid tamen, si actor sponte sua probet quanti res fuerit? nonne saltem hoc casu verum erit posse iudicem rem æstimare & natura & iure, idque sine delatione iurisiurandi? Verum erit; sed ad hunc locum non pertinet. Non enim hic agitur, quid iudex statuere possit adversus volentes, sed quid adversus invitos. Alioqui nemo dubitat, quin volente debitore iudex possit credere solum affirmanti actori, & ita litem æstimare sine ullo iureiurando. Quod si iudex necessitate probandi actori remissa volet nudam eius æstimationem sequi sine delatione iurisiurandi: vitabit quidem iniuriam, quæ alioqui actori fieret; sed iniuriam faciet reo, quod cum posset actorem sine iniuria obstringere religione iurisiurandi, ne falsum diceret, & hanc veluti probationem ab eo exigere, maluit eum absolute in caussa sua facere iudicem. Quod cum genere ipso iniquum sit, nunquam quoad eius fieri poterit, est admittendum. *L. Iulianus ait, supr. de iud.* Habet igitur ratio Marciani hanc sententiam: iudicem in proposito neque debere legitimas alias probationes exigere ab actore de æstimatione rei quæ non exstat, ut hoc modo delationem iurisiurandi omittat; neque rursum debere solum affirmanti credere sine iureiurando: quia prius cum iniuria actoris coniunctum sit, posterius cum iniuria rei. Quod cum ita esset, non male dixit Marcianus, quamvis simpliciter, non posse iudicem sine delatione iurisiurandi æstimare rem quæ non exstat: quia non potest iure, non recte, non ex officio: ut generaliter dicimur illa non posse, non solum quæ natura, sed etiam quæ iure & honeste non possumus. *L. filius, infr. de cond. inst.* Quod ad ratiocinationem & collectionem Marciani in hac ratione attinet, fateor hoc quoque, si nihil amplius hic dicatur, quam iudicem sine iureiurando æstimare rem non posse: non recte colligi, ideo eum iusiurandum de rei æstimatione actori deferre debere; cum possit dici, posse iudicem pariter æstimationem cum iureiurando omittere. Sed intelligendum est in ratione Marciani assumptionem esse, quæ propositionem in se inclusam habeat. Apparet enim sic illum dicere non posse iudicem rem æstimare sine iureiurando: ut hoc ipsum supponat, & pro certo sumat, postquam res debita post moram periit, debere iudicem omnino rem æstimare, ut æstimatio actori præstetur. Alioqui quorsum pertineret dici: non posse iudicem sine iureiuran-

iurando rem æstimare, si etiam cum iureiurando adhibito æstimare posset, non cogeretur? Sed addit hoc illum facere non posse sine iniuria, nisi iureiurando prius delato. Ex quo recte colligit hoc ipsum iusiurandum in litem, id est, in eam æstimationem deferendum esse. Sed cur volumus iudicem omnino æstimare debere rem, quæ post mortem periit; ac non potius actore non probante omittitur hæc æstimatio, & reus absolvitur iuxta regulam iuris? *d. L. qui accusare, C. de eden.* Quia necessitas in hac caussa aliud ius postulat. Alioqui culpa debitoris ipsi prosit, actori noceat, ut ante dixi: quod ius & æquitas vetant. *L. factum, L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Et tamen ne sic quoque videatur penitus a superiore iure discedi, adhibetur hic iusiurandum, quod pro iusta probatione habetur: idque ita haberi adversus reum ob eandem caussam, quam modo dixi, æquum est. Eadem caussa facit, ut quod per se alioqui iniquum futurum esset, quemquam iudicem in sua caussa fieri, *d. L. Iulianus ait, de iud.* in hac caussa non sit iniquum, ubi iusiurandum ante delatum accedit: cum aliter actori consuli non possit, & huic delationi culpa debitoris caussam dederit.

Si res in pauca conferenda est: Summa hæc erit, quam de iureiurando huius loci, deque eius caussa breviter & dilucide comprehensum teneamus. Cum post moram debitoris res periit, ante omnia hoc statuendum est, debitorem adhuc teneri, non ut rem præstet, quæ non est, sed ut æstimationem. *L. in re, infr. de cond. fur.* Quo fit, ut re in iudicium deducta, iudex rem quæ periit, æstimare debeat, & in tantam pecuniam reum condemnare. Res expedita, si de æstimatione rei inter actorem & reum conveniat, ut quanti eam rem fuisse dicat actor, tanti fuisse reus fateatur. Quod si de eo erit controversia, ut reus tanti fuisse neget: hic non sequimur regulam iuris de onere probandi, quæ ei qui dicit, probationem imponit, & eo non probante reum absolvi iubet. *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Sed res committitur iuriiurando actoris, ut quanti rem fuisse iudice deferente iuraverit, in tantam æstimationem reus condemnetur. Cur ergo aut probanti non creditur solum, aut non creditur solum affirmanti? Quia neutro modo iudex rem æstimare potest sine iniuria, eoque nec eum æstimare posse credendum est, quomodo Marcianus loquitur. Nam si exigimus ab actore, ut probet quanti res sit, nec aliter ei credimus: cogimus eum una cum re etiam æstimationem amittere: quia hanc facile probare non potest. Rem autem illi perire, quia non probet, iniquum. Debitoris enim culpa factum est, cur æstimatio in dubium vocaretur: cum si rem suo tempore præstitisset, actor consequutus esset, quod vellet, nec iam de æstimatione rei quæreretur. Hæc culpa ipsi qui admisit, non adversario nocere debet. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, L. factum, infr. de reg. iur.* Rursum sic probationis necessitas in hac re actori remittenda est, ut non possit iudex sine iniuria solum affirmanti credere: cum possit hanc saltem quasi probationis speciem ab eo exigere, iusiurandum. Quod quia in ipsius potestate est, recte fit, si ab eo exigitur, & ipse sine turpitudine recusare non potest. *L. manifestæ, supr. de iur.* Ita fit, quod Marcianus ait, ut & in proposito non possit iu lex rem æstimare, quæ non extat: non possit, inquam, recte, non possit sine iniuria, nisi delato iureiurando. At hoc interposito simul evenit, ut utrique parti consulatur: actori quidem, dum per hoc iustæ probationis onus ei remittitur; reo autem, dum quantum probationis licet ab actore exigere, tantum exigitur, nec temere affirmanti fides habetur. Hinc illa necessitas huius iurisiurandi interponendi, de qua dixi, propter quam recte dictum est a Marciano in hac specie *in litem iurandum esse*, non iurari. Necesse est enim id iusiurandum interponi, siquidem utrique parti consultum volumus, ac sine eo res ut oportet, æstimari non potest.

Sed quoniam hucusque diximus † huic 20
iuriiurando locum esse, cum res periit, cum interiit, cum amplius non extat, veluti cum Stichus decessit: ne quis hoc sic accipiat: quasi non alias locus sit ei iuriiurando, quam cum res in totum periit, ut fit, cum Stichus decessit: diligenter monendum puto, idem admittendum esse & in re deteriore post moram facta, ut iuretur hic & de æstimatione, quatenus res deterior facta est. Nam & id quod eatenus periit, *non extat*; nec magis potest nunc æstimari sine iureiurando, quam si res omnino periisset. Et vero quod iuris est de toto, idem & de parte intelligendum esse placuit. *L. quæ de tota, supr. de rei vind.* Atque huc pertinuit, quod initio huius caussæ de interitu dixi, nihil prodesse moram ad hoc iusiurandum, nisi res post moram interciderit in totum aut ex parte, ut eatenus non extaret. † Ad extremum non est præter- 21
eundum, quod Marcianus ait, hæc statui non

non in actione stricti iudicii, sed & *in actione stricti iudicii*. Iam dixi aliquoties hac coniunctione nos admoneri, quod hic actionibus stricti iudicii tribuitur, ita his tribui, ut sit etiam cum aliis commune. Atque hoc voluit intelligi, si quid ex bonæ fidei, aut arbitrariis actionibus præstandum sit, quod itidem post moram debitoris possessorisve perierit, non minus, atque adeo multo magis etiam in his eodem modo iurandum esse, ut in quibus & eadem æquitatis ratio, & natura actionum plenior, evidentius idem ius desiderent; sed ius ita per se æquum esse, ut nulla habita ratione actionis, etiam in strictis iudiciis admittatur. Sed hæc omnia, inquam, ita, si res post moram aliquatenus non extitet. Quod si adhuc exstabit, contra: de quo clarius subiicitur in fragmento sequenti.

Ad L. Alias 6.

Paulus lib. 26. ad Edictum.

Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari.

SUMMARIUM.

1. *In strictis iudiciis nunquam in litem iurari, quamvis post moram debitoris, quandiu res petita exstabit, & cur potius, quam re non exstante.*

1 SEnsus est: quod de iureiurando in litem strictis iudiciis admittendo dictum est in extremo capitis præcedentis: recte admissum est, cum res post moram exstare desiit: tum enim id locum habet. ALIAS, idest, si adhuc res exstabit, non solet in litem iurari ullo modo, si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, idest, in stricti iudicii actione, quales hæ sunt actiones. Hæc enim exempli caussa dicta sunt, ut exprimeretur exemplis, quod in superiore capite generaliter dictum erat, de actione stricti iudicii. Cæterum ut illic iusiurandum in litem generaliter admittitur in hoc genere actionis sub hac conditione, Si Stichus post moram promissoris decesserit: ita sub contraria conditione repudiatur in omnibus eiusdem generis, si Stichus promissus adhuc exstabit. Proinde in omnibus condictionibus indebiti, ob caussam, & similibus, quæ & ipsæ stricti iudicii sunt, idem iuris est. Bene autem dictum est in his hoc casu in litem non iurari; non autem & in his, ut aliæ quoque actiones, quæ stricti iuris non sunt includantur, ut supra factum est, cum Marcianus dixit, & *in actione stricti iudicii interdum in litem iurandum*. Non enim ut omnium actionum commune est, ut in his iuretur in litem, cum res post moram periit: ita est omnium commune, ut in his non iuretur, si adhuc res exstabit. Solum actionum stricti iudicii hoc proprium est, ut in his re exstante nunquam in litem iuretur. Diversum est in bonæ fidei iudiciis & arbitrariis: in quibus utcunque dolo adversarii fiat, ut res non restituatur, quantumvis exstet, iuratur in litem: & quidem ita, ut rei æstimatio arbitrio domini subiiciatur. Huic enim iniurando in contumacia rei locus est. *L. 1. L. 2. § 1 supr. L. tutor, infr. eod.* Non est autem contumacia, nisi cum qui restituere rem debet, & potest, is non restituit. *L. contumacia, in fin. infr. de re iud.* Sed cur in strictis iudiciis re post moram perempta iusiurandum actori damus, ut de vera æstimatione iurans audiatur; re autem exstante ubi itidem quæratur de rei æstimatione, & res dolo etiam adversarii non præstetur, non idem iusiurandum actori concedimus? Quia cessat necessitas & æquitas superior, propter quam re non exstante iusiurandum de rei æstimatione admitti diximus. Re enim sublata ex oculis, probari facile non potest, quæ fuerit æstimatio exstantis, quam homines aut non viderunt, aut non consideraverunt attentius, ut possent tum pretium statuere, vel eius nunc meminisse. Rei autem exstantis æstimatio facile probari potest, si de ea dubitetur. Tantum enim res subiiciatur oculis hominum peritorum: tum hi re considerata statim dicent, quanti res sit: in quo non tam testimonio, quam peritia & iudicio opus est. Nunquam autem ad hoc iusiurandum tam reo periculosum nisi magna caussa exigente decurrendum est. Atque hinc apparet, quam recte in extremo præcedentis capitis dixerim etiam tunc hoc iusiurandum admittendum esse, cum res dete-

rior

rior facta est, ut hactenus & de æstimatione iuranti credatur. Nam quod periit, & quo res deterior esse cœpit, non magis oculis subiici potest, ut probetur eius æstimatio ex aspectu, quam potest tota res, quæ periit.

Ad L. Vulgo. 7.

Ulpianus lib. 8. ad Edictum.

Vulgo præsumitur alium in litem non debere iurare, quam dominum litis. Denique Papinianus ait, alium non posse iurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.

Exposui ad *L. 4. in pr. supr.*

Ad L. Si tutor. 8.

Marcellus lib. 8. Digestorum.

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult, quære, utrum quanti res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debeat? Respondi, non est æquum pretio, (idest quanti res est), litem æstimari, cum & contumacia punienda sit: & arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

Exemplum est pertinens ad definitionem, quæ traditur in principio *L. 5. supr.* Ubi de toto genere, & de ratione huius loci a me dictum est.

Ad L. Cum furti. 9.

Iavolenus lib. 15. ex Cassio.

Cum furti agitur, iurari ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit: non adiici, eo plurisve: *quia quod res pluris est, utique tanti est.*

SUMMARIA.

1. *In furti actione etiam in litem iurari posse.*
2. *In furti actione iurari, quanti res fit: & quanti tunc, cum furtum factum est.*
3. *Non esse necesse adiicere,* Plurisve.

Ex furto duas esse actiones constat, furti, & condictionem furtivam: illam de pœna furti; hanc de re subtracta. *§. ult. Inst. de obl quæ ex mal L. si pro fure. §. 1. infr. de cond. fur.* De actione furti hic agitur, ut illa verba indicant: *Cum furti agitur.* In qua circa iusiurandum in litem quatuor quæruntur. Primum, an hic in litem iurari possit. Secundum, si potest: quam ad rem, seu qua de æstimatione iurandum sit. Tertium, quo ex tempore res æstimanda. Quartum, quomodo iurandum. Hic enim naturalis ordo est in his quærendis. Quæ quatuor Iabolenus hoc loco magna brevitate complexus est, de singulis quid sentiat, partim significans, partim exprimens. † Primum pro explorato sumit etiam in hac actione in litem iurari posse. Non exprimit id quidem, sed posteriora duo statuens, quæ sunt iuriiurando admisso consequentia, aperte antecedens ponit, quod est iusiurandum. Et recte hic quoque iusiurandum in litem admittit. Etsi enim furti actio stricti iudicii est: tamen etiam in hoc genere actionum placet in litem iu- 1

 rari

rari de vera æstimatione, si res de qua agitur, post moram perierit. *L. in actionibus, in fin. supr.* quod & ad actionem furti pertinet. Nec moveri debemus, quod hæc actio est de pœna furti, non de re furtiva, cuius de æstimatione in hoc iureiurando quæritur. Sic enim actio de pœna est, ut non eo minus in eo iudicio & res furtiva æstimanda sit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum. *§. pœna, §. ult. Inst. de oblig. quæ ex mal.* Id quantum sit, intelligi non potest, nisi prius constiterit, quanti sit res furtiva, idest, id simplum, quod duplandum aut quadruplandum est. Quod si hic res æstimanda est: etiam de ea æstimatione iusiurandum locum habebit.

2 † De secundo ita scribit, iurari oportere, tanti rem fuisse, quæ verba veram æstimationem continent: & hoc indicant, iusiurandum hoc esse de vera æstimatione, ut iuret actor quanti res sit furtiva, seu quanti eius interfit, non autem quanti ex affectu rem æstimet. *L. 2. §. ult. sup. qui sat. cog. L. non abs iudice, supr. de iud. L. 1. L. tutor, supr. eod.* Quod congruit his, quæ de iureiurando in litem strictis iudiciis admittendo supra diximus ad *d. L. in actionibus, in fin. sup.* De tertio aperte scribit, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit, cum furtum factum est. Atqui si de re condictione furtiva ageretur, æstimatio fieret eius temporis, quo res unquam plurimi fuisset, postquam furtum factum est. *L. in re, §. 1. infr. de cond. fur.* Cur non igitur & in actione furti, cum res æstimanda est, idem dicimus? Differentiæ ratio est, quod in condictione res furtiva petitur: quod quia omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æstimanda est pro arbitratu & commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur, sed furti pœna: quam æstimari oportet ex eo tempore, quo furtum factum est. Actio enim furti, quæ hanc pœnam persequitur, iure propofita est ei, cuius interfuit rem non surripi. *L. cuius, 10. infr. de fur.* Hæc verba ad id quod interest eo tempore, quo furtum factum est, non obscure referuntur. † Quod reliquum est, definit ita 3 oportere iurari, ut satis sit actorem dicere certam summam, quanti rem fuisse iurat, non autem habere necesse adiicere, *plurisve*. Quod eo dicit, ut occurrat eorum dubitationi, quibus metu periurii hoc ita addendum esse videri potest. Nam quam rem iurat quis valere viginti, fieri potest, ut ea valeat viginti quinque: quod si fit, putent fortasse aliqui peierari. Quare adversus hoc periculum censent consultum esse, ut dicatur rem tanti esse, aut eo pluris: quoniam hac adiectione contineatur & si quid pluris est, atque ita vitetur periurium. Et ad hoc diluendum subiecta est ratio sequens. Non oportet, inquit, *adiici eo, plurisve:* quia quæ res pluris est, utique tanti est. Significat his verbis, non esse metuendum in proposito, ne is qui iuravit rem valere viginti, videatur peierare, si res pluris valeat, puta viginti quinque: quia si valeat viginti quinque, utique verum est & valere eam viginti, de quibus affirmatum est: inest enim semper minor summa in maiore. *L. 1. §. si stipulanti, infr. de ver. obl.* Locus autem interpungendus est hoc modo: *non adiici eo, plurisve: ut eo* coniungatur cum verbo *adiici*, non cum verbo *pluris*, fitque sententia: non oportere *eo*, idest, ad certam summam, quæ prius expressa est, adiicere hæc verba, *plurisve*. Quod ad rationem attinet, nihil interest, utrum legatur hoc modo: quia quæ res pluris est, utique tanti est, ut in quibusdam exemplaribus; an vero ut in Flor. quia quod res pluris est, utique tanti est. Nam & quæ valet vigintiquinque, eadem haud dubie valet viginti: & hoc ipso valere eam viginti colligitur, quod vigintiquinque valere concesseris.

Ad L. In Instrumentis. 10.

Callistratus lib. 1. Quæstionum,

In instrumentis, quæ quis non exhibet actori, permittitur in litem iurare, quanti sua interest, ea proferri, ut tanti condemnetur reus. Idque etiam divus Commodus rescripsit.

ET hic exemplum est actionis ad exhibendum, in quo in litem iuretur, quod item referri debeat ad definitionem *L. 5. supr.* ut & exemplum, *L. tutor, supr. eod.*

Ad L.

Ad L. De periurio ult.

Paulus Lib. 3. Responsorum.

De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quæri facile non solet.

S U M M A R I A.

1. De periurio eius qui in litem iuravit, quæri *quid sit, & vis iurisiurandi.*
2. Non facile, *quid sit, & quæ sit iusta caussa ad iusiurandum in litem retractandum.*
3. *Criminaliter de hoc periurio agi non posse.*
4. *Civiliter agi quando possit, & qua actione.*
5. *Iusiurandum in litem nunquam retractari posse: periurium in eo iureiurando interdum posse.*
6. *Periurium in iureiurando solum posse retractari, cum iuratum est in litem.*
7. *Iusiurandum in litem quanti res est, solum esse, quod hic dicitur esse ex necessitate iuris: cur ita dicatur, & in eo solo esse locum retractationi.*
8. *Summa retractationis eius, quæ iure esse potest de omni iureiurando in litem, & simul de vi omnis eius iurisiurandi.*
9. *Hæc verba*, eius qui ex necessitate iuris in litem iuravit, *pro ratione definitionis propositæ accipienda non esse.*
10. *Necessitas iuris in iureiurando in litem duplex intelligi potest.*
11. *Necessitas iuris publici in iureiurando in litem nulla, quæ eum cui defertur, cogat iurare.*

AIT Paulus, *De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quæri facile non solere.* Definitio est ad vim iurisiurandi in litem pertinens, qua declaratur in summa, eius iurisiurandi vim hanc esse, ut quamvis invito adversario deferatur; tamen de periurio eius qui iuravit, quæri postea non possit, neque ad caussam eo iureiurando decisam retractandam, neque ad periurium ipsum per se puniendum. Aut si quæri potest, non possit facile, id est, non nisi ex magna & evidenti caussa. Quod an significetur hac definitione, & quænam sit illa caussa, videamus. Nam prius ex verbis non satis intelligitur; posterius ne significatur quidem, sed in dubio relictum ratione & collatione aliorum locorum explicandum est. Ait ergo, *de periurio eius*
1 *qui in litem iuravit, quæri non solere.* † De hoc periurio quæritur, cum de eo agitur. Agi autem potest aut civiliter, aut criminaliter. Civiliter, cum id in quo ultra veram rei æstimationem peieratum est, solutum repetitur, aut nondum solutum recusatur propter periurium. Criminaliter, cum periurium in crimen vocatur, ut puniatur. Quarum actionum in utraque ideo quæri dicitur de periurio eius, qui in litem iuravit: quia instituitur utraque ex hac caussa, quod peieratum esse dicatur. Unde quæstio, an peieratum sit, & an ob periurium rescindi debeat, quod iuratum, aut inde iudicatum est. Quapropter cum ait Paulus, *de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri non solere,* hoc dicere intelligitur: neutrum horum concedi, vel ut retractetur iusiurandum prætextu periurii, vel ut periurii accusatio ad pœnam instituatur. † Sed addit, 2
non facile: quo significatur non temere id concedi, nec sine iusta & evidenti caussa: ex hac tamen caussa concedi & de periurio quæri posse. Id enim valet, *non facile:* ut diserte explicatur in illa regula iuris; *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* L. pen. supr. *de in int. rest. L. etsi, supr. de reg. iur.* nam illi orationi, *non facile quidquam mutandum est ex solemnibus*, opponitur hæc adversativa, *tamen cum evidens æquitas poscit, subveniendum est.* Prius ergo hoc dicebatur, nihil mutandum esse sine magna & evidenti æquitate: cui adversatur, ex evidenti æquitate esse subveniendum. Sic in *L. venditi, 6. C. de act. empt.* cum dicitur venditi actionem, si non aliud ab initio convenit, non facile ad rescindendam actionem competere: hoc omnes dici intelligunt, non facile quidem competere, quia raro & nunquam nisi magna ex caussa; interdum tamen, & ubi iusta caussa fraudationis exigit: ut cum venditor nec dimidium iusti pretii accepit. *L. 2. C. de rescind. vend.*

Postquam ex magna saltem caussa de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri potest: nihil proficitur hac definitione, nisi quæ sit illa caussa, intelligitur: quippe qua non cognita fieri possit, ut ubi non oportet, hanc quæstionem admittamus;

contraque ubi oportet admittere, denegemus. Quæ sit ergo, quærendum est: ex quo eadem opera, & quando de hoc periurio quæri non possit, & quando possit, co-
3 gnoscemus. † Et perspicuum est nullam admodum agenti idoneam caussam esse de eo quærendi, si agatur criminaliter: quia ut periurium puniatur, in quo est solum vindicta publica, privati nihil interest, *L. prætor*, 7. §. 1. *infr. de iniur.* Quo fit, ut putem de periurio eius qui in litem iuravit, criminaliter & extra ordinem quæri nec posse, nec solere. Confirmaturque id generali illa sententia *L.* 2. *C. de reb. cred.* iurisiurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere: de qua satis diximus ti-
4 tulo superiore. † At caussa esse potest, si reus de damno privato laboret, vel repetens, quod amplius iusta æstimatione solvit, vel solvere recusans, quod amplius exigitur. Proinde hoc casu potest iusiurandum retractari, nempe civiliter agendo de re privata & familiari. Nec dubium est, quin possit, si potest id quod in dubiis caussis a iudice delatum est, ut posse retractari constat. *L. admonendi, supr. de iur.* Nam utrumque pariter a iudice defertur, & utrumque iudex sententia sua confirmat, dum secundum eum iudicat, qui iuravit. Nondum tamen satis caussæ ad quærendum de periurio, quod de privato damno sarciendo aut vitando agatur, nisi & probatio periurii idonea accesserit, de qua in *d. L. admonendi*. Cum enim & illud necessarium iusiurandum, de quo illic agitur, & iusiurandum in litem, de quo hic, pariter, ut dixi, a iudice proficiscantur, atque hoc in litem non minore æquitate nitatur: nihil dici potest, cur hoc facilius rescindatur, quam illud. Iam vero post rem illo priore iureiurando decisam ita permittitur de eadem re ex integro agere, si quis ad periurium convincendum nova se instrumenta invenisse dicat, quibus solis utatur: ut sciamus non audiri eum, qui paratus sit periurium probare testibus: quia hi subornari possint, instrumenta non æque: de quo diximus plura ad *d. L. admonendi*. Quare & in iureiurando in litem retractando eadem illa probatio sola admittenda est. Cæterum hac allata, retractatio concedetur. Sic autem evenire potest, ut res explicetur, repertis postea probationibus seu instrumentis. Finge cum deberetur equus, aut unio pretiosus, eaque post moram debitoris periissent, debitorem deferente iudice iurasse duplo pluris res esse, quam valebant, & reum tanti condemnatum esse. Comperto postea periurio non prohibetur reus id quod amplius est vera æstimatione, si solvit, repetere, aut nondum solutum recusare, ut proposui; sed ita, inquimus, si doceat de periurio, instrumentis postea repertis. Huius rei usum præbere possunt, aut prolatum inventarium bonorum defuncti creditoris, in quo & equus & unio a peritis æstimata erant: quæ tamen heres de his agens multo pluris fuisse iuravit; aut prolata sententia, qua cum de iisdem rebus ageretur, res iusto pretio non repugnante reo æstimatæ sunt: qui de his ipsis postea cum alio agens, multo pluris eas esse affirmavit. Tantum in instituenda hac retractatione laborabitur in eo, qua actione reus repetat, quod amplius vera æstimatione ex periurio adversarii condemnatus dederit. Nam cum ex caussa iudicati solverit, condicere ut indebitum non potest. *L.* 1. *C. de cond. ind.* Et cessantibus aliis actionibus, erit actio de dolo adversus eum, qui falsum iurando obtinuit, ut secundum se iudicaretur. *L. servus*, §. *ult. arg. in L. quod si deferente*, *supr. de dol.* Quod si reus condemnatus nondum solvit id in quo peieratum est: certi iuris est, cui re iam soluta damus actionem ad solutum repetendum, ei pecunia nondum soluta multo magis adversus petentem competere exceptionem. *L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. iur* Quæ si ita sunt, hucusque hæc erit summa retractationis eius, quæ hoc loco attingitur: ut de periurio eius, qui in litem iuravit, ad criminis vindictam agi non possit. At si de æstimatione in qua peieratum est, agatur, possit iusiurandum & caussa eo iureiurando decisa retractari ad eam æstimationem aut repetendam, si soluta est, aut non solutam defugiendam: Sic tamen, si reus de periurio paratum se dicat docere instrumentis, quæ nunc primum invenerit, non testibus. Alias de periurio eius qui in litem iuravit, non quæritur.

Quam retractationem Paulus, & quando admittat, tenemus. Cui rei hanc attribuat, expendendum est. Attribuit enim non iuriiurando, sed periurio: nec periurio cuiusvis, sed eius qui in litem iuravit: nec omnis qui in litem iuravit, sed eius, qui iuravit ex necessitate iuris. Quæ non dubium est singula addita esse consulto discretionis caussa, quo intelligeremus in rebus contrariis ius diversum observari. Hoc cognoscendum est, qua in re ius diversum, & quamobrem serve-
tur. † Dicit ergo de periurio, non de iu- 5
reiurando: quia ut definit, *de periurio non facile quæri solere*: ita hoc ipso quæ-

ri

ri aliquando significat, ut ostendi. Hoc autem de periurio solo recte dici potest; de iureiurando non potest. Iusiurandum in litem, quodcunque sit, si periurium non habet, retractari non potest. Nam cum & iusiurandum id, quo res aestimatur arbitrio domini ob dolum non restituentis, & illud quo res ob id quod non exstat, aestimatur quanti est, utrumque iusta de caussa interponatur: *L. tutor. L. 5. in fi. supr. eod.* perspicuum est non modo nullam esse caussam, cur ista retractentur, sed etiam iustas esse cur non retractentur: cum quae caussae ab initio fuerant ad iusiurandum statuendum, eaedem
6 & nunc iustae sint ad retinendum. † Dicit, *non facile quaeri solere de periurio*, non quovis, sed *eius qui in litem iuravit;* quia his verbis, ut dixi, de hoc ex caussa quaeri posse significat. Quod eo fit, quia invito adversario iusiurandum hic defertur, ut nulla hic sit conventio, quae adversario retractanti obstet. Diversum est, si inter litigatores iureiurando transactum sit negotium. Et diversum in eo, non quod caussam eandem facile retractare liceat, sed quod omnino non liceat, nec periurii praetextu. *L. admonendi, supr. de iur. L. 1. C. de reb. cred.* idque propter conventionem. *L. sed etsi servus,*
7 *L. qui iurasse, seq. §. ult. supr. de iur.* † Addit de periurio eius, qui in litem iuravit ex necessitate iuris. Hoc quidem obscurius, dum dubitatur, quae hic necessitas iuris intelligatur, & utrum pro ratione, an distinctionis caussa haec verba addita sint. Ego autem non dubito, quin & haec ipsa adiecta sint distinctionis caussa, ut superiora, ut intelligeretur duplex esse iusiurandum in litem: unum eius, qui nulla necessitate iuris iurat; alterum eius, qui iurat ex iuris necessitate. Ad hunc definitionem hanc pertinere; ad alterum non pertinere. Et ita res habet. Meminisse enim debemus eius, quod diximus ad *L. 5. vers. plane, supr. eod.* esse quoddam iusiurandum in litem, quo res ob dolum non restituentis aut non exhibentis arbitrio domini aestimatur, & ex affectu: esse & alterum, quo res aestimatur solum quanti est. Quod fit, cum res debita post moram debitoris periit: ut iam aestimatio eius aliter probari facile non possit, quam iureiurando. Prius necessitatis non esse, sed arbitrii & poenae, cum absque eo indemnitati actoris consuli potuerit. Nisi tamen necessarium quia esse dicat, quia delatum recusari non possit: quod secus est, de quo paulo post. Posterius id demum esse, quo necessitate iuris iuratur ab actore: iuris non publici, quasi ius publicum hanc iurandi necessitatem imponat; sed iuris privati, quia ad ius actoris tuendum, ad hoc iusiurandum decurrendum fuerit. Hoc dico, ad posterius hoc retractationem, & quaestionem periurii, de qua hic dicitur, pertinere; quia in eo periurium esse potest; ad prius non pertinere, ac nec posse, quia in eo nullum esse potest periurium. Qui enim de vera aestimatione & quanti res sit, iurare debet, is potest peierare affirmando rem pluris esse, quam est. Qui autem iure concedente ex affectu rem aestimat, & de eo iurat, nihil peierat, quantumvis verum pretium excedat, atque adeo iuret in immensum; quia de arbitrio & affectu suo iurat, non de vero rei pretio. Itaque quamvis Paulus solum dixisset, de periurio eius, qui in litem iuravit, quaeri facile non solere: tamen satis dixisset, ut intelligeremus retractationem periurii, de quo definitio concepta est, non pertinere ad prius illud iusiurandum, in quo nullum periurium esset, ac nec esse posset. Cur ergo addidit haec verba, *qui ex necessitate iuris iuravit*, sine quibus non minus eadem sententia futura esset? Quia etsi in universum vere dicitur de periurio eius, qui in litem iuravit, quaeri facile non solere, ut significetur is solum, qui peierat; solus autem is peierat, qui de vera aestimatione iuravit: tamen hoc ipsum potuit dubitari, in quo iurante hoc periurium inesset. Quod ille his verbis demonstrare voluit: atque hoc indicat, inesse solum posse in eo, qui ex necessitate iuris sui delato de vera aestimatione iureiurando, iurat; non in eo, qui nulla necessitate iuris sui tuendi rem aestimat arbitrio suo. Unde quam sententiam huius loci esse supra dixi de retractatione periurii eius, qui in litem iuravit, haec non minuitur, aut mutatur hac adiectione, sed maxime confirmatur, tantumque ea declaratur, ubi id periurium, quod proponitur, quaerendum sit.

Ex quibus iam clarius quam ante perspicitur, † quae sit vis iurisiurandi in litem, de qua initio huius tituli quaeri dixi. Apparet autem esse huiusmodi, ut pene nunquam de eo iureiurando quaeratur. 8
Nam neque in omne iusiurandum cadit, ut de eo quaeratur: & de quo quaeri potest, id tale est, ut tribus temporibus de eo agi non possit: non tantum ex quatuor possit. Idque ita accidit. Nam primum caussa priore illo iureiurando pro arbitrio domini decisa, absolutum est, nunquam de iureiurando quaeri posse, neque

que ad vindictam periurii, quod nullum hic esse diximus, neque ad caussam retractandam, quæ non potest retractari sine periurio. Quod si caussa ex posteriore iureiurando decisa sit: tolle periurium: nulla ne hic quidem pœna aut retractatio est. Periurium intervenerit: de eo criminaliter agi non potest. Sola in hoc periurio relinquitur civilis retractatio eius, in quo peieratum est. Atqui ne hæc quidem statim admittitur; sed ita, dum sic agatur, ut periurium probetur, instrumentis post repertis, non etiam testibus. Et breviter sine periurio nunquam iusiurandum in litem refricatur. Et cum periurium est, quod solum in posteriore specie iurisiurandi contingit, non agitur de eo criminaliter. Civiliter agi potest, sed & hoc solum repertis postea instrumentis ad convincendum periurium idoneis.

9 † Sunt tamen, qui hæc verba, *eius qui ex necessitate iuris iuravit*, non pro specie una eorum qui iurant in litem, sed pro ratione definitionis subiectæ accipienda putent: ut sit sensus, ideo non facile quæri de periurio eius, qui in litem iuravit, quia ex necessitate iuris iuravit: sentientes necessitati, quam quis sibi non imposuerit, esse subveniendum, ut & subveniendum est: *L. si fideiussor*, §. 1. *sup. qui sat. cog. L.* 2. §. *si quis tamen, sup. si quis caut.* idque dictum esse volunt ad discrimen eius, qui deferente adversario iurans peieravit, cuius quia in potestate fuit iusiurandum non suscipere referendo, ideo de eius periurio sentiunt facilius quæri posse: non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non potest: *L. admonendi, supr. de iur.* sed criminaliter & extra ordinem, ut puniatur. Hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque periurii pœnam esse interpretantur, cuius fit mentio in *L. nam sufficit, supr. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum superiore, quod admittit retractationem solum periurii, idque solum in iureiurando eius, qui de vera æstimatione iurare debuit; nunquam autem in eo, qui arbitrio suo rem æstimavit: quia in illo tantum priore periurium est. Hoc discrepat: quod in eo qui delato de vera æstimatione iureiurando peieravit, retractationem civilem nullam agnoscit; extraordinariam admittit, & si non facile: aut etiam utramque tollit, contra quam supra ius esse diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio est. Nam primum nulla eiusmodi necessitas est suscipiendi in litem iurisiurandi, qualem isti intelligi volunt, de quo separatim ad extremum dicetur. Deinde si qua esset: nunquam tamen eam necessitatem pro ratione propositæ definitionis admittere deberemus. Paulus ait, *non facile quæri solere de periurio eius, qui in litem iuravit*. Inepta plane ratio est, si dicat eo fieri, quia ex necessitate iuris iuravit. Dici enim potest, excusandum esse actorem, quod iuravit in litem: quia ex necessitate iuris iuravit. At profecto eadem necessitatis ratione dici non potest excusandum esse eius periurium: quoniam nulla necessitate iuris peieravit. Iusiurandum enim ab eo exigebatur, non periurium. Quinimo in iureiurando exigendo hoc ipsum exactum est, ne peieraret: religio enim & fides ab eo exigebatur. Quamobrem si peieravit, fecit volens, non coactus: nec tantum volens, sed etiam improbe. Ut proinde non magis excusatione dignus sit in periurio, qui in litem iuravit, quam alius quivis, qui deferente adversario peieravit. Manebit igitur sententia huius loci, & vis iurisiurandi, quam ante ostendimus: si tamen prius recte constituerimus, necessitatem iuris, quæ hic appellatur, significare eam necessitatem iuris privati, quam dixi, non autem necessitatem iurisiurandi suscipiendi, quam in iureiurando in litem nullam esse volumus. De quo quia dubitari potest, & cognosci ad universam quæstionem de iureiurando in litem pertinet, superest iam, ut de eo separatim non nihil dicamus.

† Ex necessitate iuris iuravit.] 10 Hæc necessitas duplex intelligi potest. Aut enim necesse habet actor in litem iurare, quia ius cogit eum suscipere iusiurandum, ut quamvis alioqui æstimatione vera contentus sit & de ea probare malit testibus, aut instrumentis, quam iurare: tamen non audiatur, sed omnino iurare debeat, vel caussam amittere. Aut dicitur necesse habere habita ratione iuris sui privati: quia scilicet liceat quidem ei non iurare, & nihilominus vincere, si modo probet de æstimatione; sed quoniam facile probare non potest æstimationem rei non exstantis, & tamen ad vincendum aut probare aut iurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur, ut cogatur iurare: alioqui res ei perierit. Utraque necessitas recte iuris necessitas dicitur, sed non una significatione. Nam prior necessitas est necessitas iuris publici, quia ius publicum hanc imponit: si quis enim suscipere delatum iusiurandum cogitur, is iure cogitur, sive ei utile sit, sive non sit. Altera, est & ipsa necessitas iuris, sed privati iuris: idest, ea quam non ius civile, sed ratio privati iuris nostri tuendi nobis affert,

fert, quia aliter ius salvum habere non possumus. Prior omni ei, cui iusiurandum in litem defertur, imponi potest: nihil enim vetat iurisiurandi conditio, quominus iubeatur suscipere iusiurandum is, cui defertur. Posterior in eum tantum cadit, qui de æstimatione rei non exstantis laborat: quia hæc sola est æstimatio, quæ facile probari non possit, & quam nisi actor consecutus sit, rem salvam non habeat, ut docui ad *L. 5. vers. plane, supr.*
11 *eod.* † Hoc intellecto, nego ullam esse necessitatem iuris publici in iurando in litem: nego eum cui iusiurandum in litem a iudice defertur, cogi iure id suscipere; sed huic liberum esse ita id recusare, ut si de æstimatione probare velit, nihilominus audiri, & re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit iusiurandum in litem; quod & Bartolus recte sentit, & scripsit in hunc locum. Omne enim iusiurandum in litem, tam quod est de affectione iurantis, quam quod est de vera æstimatione, comparatum est actoris caussa; posterius quidem ad eum probatione sublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro suo arbitratu pretium rei suæ dicat, quod velit. Utrumque ita adversus reum, ut sit etiam adversus invitum, cui post iusiurandum nihil relinquitur, nisi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recusabit; cum liceat unicuique iuri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. si iudex, supr. de min.* Non idem servatur in iureiurando quod non est in litem, sed ab adversario defertur: quod nisi refertur, sine iusta caussa recusare non licet, *L. iusiurandum & ad, §. ait, & §. datur, L. manifestæ, supr. de iur.* Sed hoc contraria de caussa, quia & deferentis caussa defertur, eiusque interest id suscipi, ut citius & sine molestia atque omni sumptu a lite discedatur. At etiam iusiurandum illud necessarium iuriiurando in litem non dissimile, quod pariter defertur a iudice, & invito adversario; illud inquam, quod a iudice defertur in dubiis caussis, recusari non posse superiore titulo diximus, idque expressum est in *Cap. ult. extr. de iur.* Sed & hoc a iureiurando in litem in eo, de quo nunc agitur, diversum est; defertur enim maxime iudicis & adversarii alterius caussa. In dubiis enim caussis, idest, ancipitibus, & in quibus pares sunt utrinque probationes, interest iudicis habere, quid sequatur, quod nisi iureiurando alterutri parti delato facile explicare non potest. Interest igitur eius, iusiurandum ab ipso delatum non recusari: aut certe ex recusatione confessionis coniecturam capi oportet. Interest & adversarii, ne quid videlicet temere in caussa dubia adversus eum a iudice sine iureiurando statuatur. In iureiurando in litem contra nihil interest iudicis ab actore iurari: quia sive actor aliter probat, semper iudici certum est ex iure, quid hic sequi debeat; nam illo probante secundum eum iudicat. *L. negantes, C. de ob. & act.* non probante, reum absolvit. *L. qui accusare, C. de eden.* Adversarii interest multo minus, cum potius intersit eius non iurari, si actor nihil probet: quia tum reus absolvatur. Actore autem probante, reus metuere non possit, ne quid temere iudex hic statuat: cum tum maxime æquum sit reum condemnari, cum non iureiurando, sed iustis probationibus convictus est. *d. L. negantes, C. de obl. & act.* Et ideo quod in *L. 4. §. 1. supr. eod.* scriptum est, *adolescentem, si velit, iurare in litem posse*, sic accipiendum est: ut ad omnes actores, quibus idem delatum est, pertineat, intelligaturque illam conditionem, *si velit*, esse conditionem propriam iurisiurandi, non adolescentis. Iurare potest adolescens in litem, si velit, quia hoc habet iusiurandum in litem, ut suscipiatur, si quis velit. Cæterum etsi alii actores erunt, quibus id deferatur, idem ius futurum est: ut nihilominus & ipsi iurare possint hac conditione, *si velint*, nec ad vincendum denegetur his facultas rem aliter probandi. Restat, ergo ut cum hic dicitur ex necessitate iuris iurari, necessitatem alteram interpretemur, nempe privati iuris necessitatem: ut nisi actor iuret, æstimationem una cum re amittat: non quia de æstimatione probare volens iure non audiatur, sed quia natura hic sit rei status, ut æstimationem facile probare non possit. Hæc necessitas cum ad posterius iusiurandum, quod de vera æstimatione est, pertineat: apparet quod dixi, hac adiectione prius iusiurandum, quod *affectionis* vulgo vocant, removeri, & periurium ac definitionem ad posterius iusiurandum solum referri.

IN

IN CONDICTIONES SEQUENTES
IN UNIVERSUM,
Præcipue autem in tres posteriores, quarum tituli deinceps explicantur,

PRÆFATIO.

POst titulum, de in litem iurando, propositæ sunt in hac parte tertia condictiones speciales. Eas intelligo, quæ proprio & speciali hoc nomine utuntur; cum alioqui actiones omnes in personam generali vocabulo condictiones nominentur. Hæ, inquam, variæ licet, & maxime diversis ex caussis iure proditæ; omnes tamen a compositoribus Pandectarum in hanc partem conductæ, atque hoc loco propositæ sunt: magis id quidem, ut apparet, per occasionem, quam quod aut ad hunc tractatum, aut ad hunc locum pertinerent. Tractatio namque huius partis est de contractibus. At hic nonnullæ condictiones sunt, quæ nascuntur ex maleficio, ut condictio furtiva, & condictio triticiaria ex quibusdam caussis. L. 2. infr. de cond. trit. *Sed & hoc loco ex contractibus sermo institutus est de iis, quorum obligatio re contrahitur; pleræque autem hic condictiones nascuntur aliunde, ut condictio ex lege, triticiaria, de eo quod certo loco promissum est. Sed occasio, ut dixi, huic rei caussam attulit. Principio enim hic proponuntur ex hoc genere, condictio caussa data caussa non secuta, condictio indebiti. Hoc initium rectum est, & ad institutum accommodatum. Hæ enim, ut ego quidem existimo, nascuntur ex contractu & negotio gesto, & eo in quo non minus re contrahitur obligatio, quam ex mutuo, ut alias suis locis docebimus. Inde occasione nata progressus factus est etiam ad condictiones alias, quæ nominis tantum communionem, rerum & caussarum nullam haberent. Etsi autem ordo titulorum postulare videbatur, ut si quid inde adiicere vellem prioribus, hic ego aut priores tractarem solas, aut si vellem etiam posteriores, saltem a prioribus ad has perveniretur: tamen consulto priorum explicationem hoc tempore prætermisi; tres priores tantum attingere volui: condictionem ex lege, condictionem triticiariam, condictionem de eo quod certo loco. Idque his maxime de caussis. Nam priores latius patent, quam ut earum diligens explicatio magnitudini instituti commentarii conveniat: & omnes usque ad condictionem furtivam ita caussis connexæ sunt, ut facile separari non possint.*

Tum

Tum autem sunt eiusmodi, quæ si cum posterioribus istis tribus conferantur, magis nescio quomodo pateant, faciliusque in his quis diligenter quærendo naturam earum possit explicare. Sunt certe vulgares, atque usitatæ, & præterea verbis ita conceptæ, ut quæ sint, quasque caussas atque usum habeant, ex ipso etiam nomine statim intelligatur. Sic enim dicitur condictio ob caussam caussa non secuta, ut hinc intelligatur, quid, quando, & quamobrem repetat. Sic condictio indebiti, ut declaretur esse de indebito soluto: eademque condictionis furtivæ & cæterarum ratio est. Posteriores autem tres quas dixi, neque ita prolixis tractatibus continentur, & re disiunctæ, separatam ab aliis tractationem admittunt: &, quod in hac re præcipuum fuit, singularis cuiusdam difficultatis & obscuritatis vulgo habentur. Nec temere: ut si eas explicare conaremur, dum reliqui tituli forte per otium aut hic aut in Codice accedunt, operæ pretium interim facturi videremur. Certe omnes & nominibus, & re, ac titulis multum distant a prioribus. Condictio enim ex lege cum dicitur, non ideo quisquam intelligit, quæ sit, aut qua ex lege sit condictio: multoque minus qua de re, cui, aut adversus quem competat: neque id etiam titulus subiectus satis docet. De condictione triticiaria licet idem multo magis dicere: cuius est ea appellatio, ut ne de ipso quidem verbo adhuc satis conveniat, unde ductum sit, aut quid eo significetur, resne de qua condictio est, idest, triticum, an auctor condictionis: multaque sunt in titulo ipso de natura huius condictionis parum exposita. Titulus autem de eo quod certo loco, *omnium prædicatione obscurus est, & inter cæteros maxime interprete indiget. Quare cum statuissem prioribus titulis vicinos nonnullos adiicere, neque omnes eiusdem argumenti qui erant, persequi commodum esset, non immerito hos tres potissimum attingere visum est.*

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. DIG. DE CONDICT. EX LEGE.

Ad L. Si obligatio 1.

Paulus lib. 2. ad Plautium.

Si obligatio nova lege introducta sit, nec cautum [sit] eadem lege, quo genere actionis experiamur: ex lege agendum est.

S U M M A R I A.

1. *Ex lege agere proprie quid.*
2. *Ex lege agere, quid hoc loco.*
3. *Pro socio, ex stipulatu, vi bonorum raptorum agere, quid.*
4. *Condictio ex lege, specialis actio in personam, quæ ita vocetur.*
5. *Nominibus suis notatæ actiones a Romanis, quoad eius liceat; sine nomine suo inutilem fuisse intentionem.*
6. *Condictio ex lege, ex obligatione.*
7. *Ex obligatione nunc primum introducta.*
8. *Constitui lege obligatio quando intelligatur.*
9. *Ex obligatione, quæ introducta sit lege, & quid lex hic significet.*
10. *Condictio ex lege non est ex iure gentium, nec ex iure prætorio, & cur hæc legis verbo non contineantur.*
11. *Condictio ex iure nulla prodita ex obligatione iuris gentium, & prætorii, & cur.*
12. *Ex lege nova, non vetere condictio ex lege.*
13. *Lex xii. Tabularum dicta lex vetus: cæteræ novæ, & cur.*
14. *Præscriptis verbis actio cur non sit condictio ex lege.*
15. *Legis Aquiliæ actio cur non condictio ex lege.*
16. *Certo genere actionis prodito cessat condictio ex lege, certum genus actionis quid & quomodo efficiatur.*
17. *Actiones notatæ suis nominibus.*
18. *Condictio ex lege quibus ex caussis, cui, adversus quem, & qua de re competat.*
19. *Condictionis ex lege usus, & quid prosit nomen actionis in cæteris caussis.*

Sic Paulus definit: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, EX LEGE AGENDUM EST. Definitio tria continet. Nam & statuit quandoque ex lege agendum esse: & præcipue quando, quave conditione id faciendum sit, docet: simul in eo quod agendum esse dicit, usum actionis ostendit. In quibus explicandis naturæ ordo hic est, ut quid sit ex lege agere, prius videamus, ne ante actionis caussa, quam actio ipsa constituatur: cum prius sit, ut sit aliqua actio, quam ut qualis sit, & quando competat, quæratur. Ex lege agere, si statim hic interpretemur, agere condictione ex lege, idest, condictione, quæ ita appelletur: recte quidem interpretemur, & id definitio flagitat, ac significatio sola titulo convenit. Sed tamen cur ita interpretemur, ratio reddenda est. Nam verba prima fronte id non significant, ac potius si proprietatem sequimur, refragantur. Nec tollitur quæ-

quæstio, quod inscriptio est, De condictione ex lege: quasi definitio si titulo respondet (ut fit, cum titulus verus est, non fallax) etiam de hac condictione accipi debeat. Dici enim potest titulum non esse Pauli, ut qui hæc scripserit ad Plautium, fortasse per aliam occasionem, & sub alio titulo; sed esse compositorum iuris: hos autem sententiam Pauli non recte esse interpretatos. Sed etsi sit Pauli tamen hoc saltem quærendum est, quam recte hæc verba, quæ videntur repugnare, ad condictionem ex lege referantur. Melius est igitur, & ad explicationem definitionis omnino faciendum, ut ex horum verborum significatione de sententia huius loci statuatur.
1 † Et proprietas ac naturalis usus horum verborum hoc loco difficultatem parit. Nam ex lege agere, si naturaliter & ex significatione singulorum verborum loqui volumus, nihil aliud est, quam agere actione ex lege descendente, actione quæ ex illa aut illa lege competat: agere beneficio & potestate accepta ex illa aut illa lege, quæ agendi potestatem fecit. Particula enim *ex*, caussam & originem significat. Lex autem est ea, quæ actionem constituit, & a qua actio oritur. Sic usus est horum verborum, cum dicimus, de pauperie, deque pastu pecoris agi ex lege duodecim tabularum. *L. 3. supr. si quadrup. paup. fec. dic. L. qui servandarum, §. ult infr. de praes. ver.* damni iniuria ex lege Aquilia. *§. omnes, Inst. de act.* de arboribus cæsis agi posse & ex lege duodecim tabularum, & ex lege Aquilia. *L. penult.* iuncta. *L. 1. infr. arb. fur. cæs.* Id his enim omnibus iudicatur habere nos actiones istas ex suprascriptis legibus, quia his legibus constituuntur. Eademque significatione dictum est, agendum esse ex edicto Ædilium in *L. si servus, §. etsi puerum, supr. ad leg. Aqui.* Hoc modo si hic accipimus ex lege agendum esse, non significatur agendum esse condictione ex lege, seu condictione quæ vocatur ex lege: quoniam potest alia qualibet actione agi, quam condictione ex lege: ut nihilominus verum sit ex lege agi, idest, ea lege, quæ actionem constituit. Num ergo isto sensu accipere debemus: præsertim cum præcipiatur a proprietate verborum
2 recedi non oportere? † Imo potius vel hoc nomine maxime de his verbis dicendum fuit, ut moneremus cavendum esse, ne significatione nativa decepti id ita acciperemus, si modo esset alia non inepta significatio, quæ his verbis admitteretur: non quia interpretatio titulo non conveniat, cum potuerit titulus ab aliis quam ab auctore inditus non satis fideliter exprimere sententiam definitionis; sed quia non conveniat isti definitioni, etiamsi maxime alibi, aut sub alio titulo definitio legatur. Primum, ex hac interpretatione aperte definitio inepta est. In obligatione enim quam dixeris lege introductam esse, plusquam ineptum est monere, ibi ex ea lege esse agendum: nam quomodo aliunde agatur, cum aliunde obligatio non sit constituta? Sed nec minus ex eadem interpretatione definitio falsa est. Cum enim dicitur ex lege agendum sub conditione: quæ multa continet, ut fit hoc loco: hoc ipso dicitur, si quid eorum desit, quæ conditione continentur, ibi ex lege, seu actione ea lege proposita agi non posse. Hoc vero posterius multis modis falsum est. Quæcunque enim actio lege introducta sit, tametsi in rem, utique ex lege competit, & ibi ex lege agitur. Agetur etiam ex lege, etsi obligatio introducta sit lege vetere, non nova. Sed etsi qua obligatio ita introducta sit lege, ut simul cautum sit, qua actione experiamur, nihilominus & hic ex lege agetur. Denique semper actio ex lege proficiscitur, quæcunque obligatio, actiove ex lege sit, & quacunque lege, & quacunque demonstratione ac titulo introducatur. *§. sed istæ, Inst. de act.* quæ tamen omnia sub contraria conditione negat hæc definitio. Arg. in *L. 1. vers. huius, supr. de off. eius cui man. est iurisf. L. quibus, §. 2. infr. de cond. & dem.* Quare sine manifestis vitiis ex lege agendum hic interpretari non possumus, agendum actione ex lege descendente: ac proinde nec sic interpretari debemus; dum tamen alia sit significatio horum verborum, quæ sine vitio accipi possit. *L. in ambigua, supr. de legib.* Nam si alia significatio non est, aliud accipere non licet, tantumque hoc superest, ut definitio vitiose concepta intelligatur. Ideo ne vitia ista admittere cogamur, necesse est quærere, num his verbis aliud significari possit, quod huic loco congruat. Est vero aliud, & id quod exprimat eam ipsam condictionem, quam hic quærimus. Naturalis illa significatio est, quam supra diximus: cum scilicet verba per se singula in oratione vim suam tenent, quæ illis usu loquentium primum tributa est. Sed est & alia non minus usitata in similibus orationibus: non naturalis illa quidem, sed tamen ex instituto iuris auctorum, brevitatis & docendi caussa recepta, ut totum hoc, *ex lege*, ponatur ut grammatici loquuntur, ***, seu mate-

materialiter, idest, ita, non ut singula verba quid significent eorum, ad quæ exprimenda primum inventa sunt; sed ut coniuncta, quasi unum nomen esset indeclinabile. Ita unius vocis & nominis vice fungantur, intelligaturque ea coniunctione nomen & titulus actionis: proinde ea actio, quæ appellatur ex lege. Ea autem est *conditio ex lege*, quam intelligi volumus. Forma est loquendi iuris auctoribus usitatissima, quam cum in aliis innumeris, tum maxime in interdictis pene omnibus liceat observare: ut cum dicitur interdictum seu interdici, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, unde vi, quod vi aut clam. In quibus omnibus nihil aliud intelligitur, quam interdictum, quod illis nominibus appelletur: nam alioqui adiectio hæc, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, & cæteræ per se nihil significant, tantumque initium sunt alcuius sententiæ, & subiunctivam aliquam orationem desiderant. Sed, ut dixi, nomina hæc sunt, quibus superiora interdicta ita appellantur: quod de interdicto quorum bonorum diserte scriptum est in *L.* 1. *infr. quor. bonor.* de interdicto quod legatorum in *L.* 1. *in pr. infr. quod leg.* de interdicto uti possidetis in *L.* 1. *§. est igitur, infr. uti poss.* Nec dubium est, quin eadem sit actionum significatio, cum dicitur actio, seu agi ex empto, vendito, locato, pro socio, ex stipulatu, & similibus. Quod ex duobus posterioribus facilius intelligi

3 potest. † Nam cum dicimus agere aliquem pro socio, non intelligimus agere eum pro eo seu nomine eius, qui socius eius est, quod tamen verba naturaliter significant; sed agere ipsum pro se & suo nomine, verum pro socio, idest, ea actione, quæ appellatur pro socio. Sic agere ex stipulatu est, agere non ex stipulatione, quod nativa significatio verborum exprimit: valet enim stipulatus idem, quod stipulatio; *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* Sed agere ex incerta stipulatione ea actione quæ appellatur ex stipulatu, eaque ratione distat actio a condictione certi, quæ nihilominus & ipsa ex stipulatione competit. *L. si quis certum, supr. si cert. pet.* Hac, inquam, forma recte & ex usu iuris dicatur hoc loco agere *ex lege:* pro eo quod est, agere actione quæ ita appelletur, quæ actio condictio est. Nec quem moverit, quod simpliciter dicitur ex lege agendum esse, non autem agendum actione ex lege: nam & usitate dicimus agere pro socio, non actione pro socio; ubi tamen constat intelligi actionem, quæ pro socio appelletur. *L. si fundus, 39. L. si quis a socio 41.* & passim, *infr. pro soc.* Idemque in cæteris fere omnibus actionibus & interdictis usus est: ut cum dicimus agere ex empto, vendito, agere ex stipulatu, agere unde vi, & similia. Quod præcipue animadvertere possumus, in actione quæ dicitur vi bonorum raptorum: nam & illic agentes dicimur agere vi bonorum raptorum. *L.* 1. *infr. vi bonor. rapt.* Ubi nemo non videt non esse hic orationem, quæ secundum naturalem significationem sermonis accipi debeat: alioqui esset hic sensus, agi per vim bonorum raptorum, quæ nequaquam loquentium mens est; sed aperte significatur hoc agere nos actione, quæ vi bonorum raptorum nominatur. Admittunt igitur verba huius definitionis etiam hanc significationem, ut ex lege agendum esse interpretemur, non agendum actione ex lege proficiscente, sed actione quæ appelletur ex lege: ea autem est condictio ex lege. Quo efficitur in his verbis, *ex lege*, ambiguam esse orationem, cuius non ea vis est, ut utrumque sumatur quod verbis continetur, sed id dumtaxat quod voluit, qui loquitur. *L.* 3 *infr. de reb. dub.* Utrum ergo hic sumendum est? Etiamsi titulus deesset, De conditione ex lege, tamen res ipsa nos admonet hanc ipsam hic accipi debere. Certa enim lege interpretationis utimur, in ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ vitio caret, tanquam voluntati legis convenientem. *L. in ambigua, supr. de legib.* Iam autem docuimus priorem interpretationem aperte vitiosam esse. Ita plane relinquitur altera, quam sequamur, quæ & vitio caret: ut intelligatur hic conditione ex lege agendum esse iis conditionibus, quæ hic proponuntur. Hinc de inscriptione ipsa iam recte colligimus. Sive Paulus hæc scripsit, ubi inscriptio fuit, *De conditione ex lege:* recte eadem inscriptio hic retenta est, de qua & definitio subiecta loquitur; sive ipsi compositores definitioni Pauli aliunde sumptæ hanc inscriptionem indiderunt, recte sententiam Pauli sunt interpretati, quæ ex verbis intelligi debuit priore significatione repudiata. † Ex 4
his apparet conditionem ex lege, non esse quamvis actionem in personam, quæ ex lege competat, quamvis actiones in personam generaliter dicantur condictiones: *§. sic itaque, Inst. de act. L. actionum, infr. de ob. & act.* sed ex actionibus in personam esse hanc certam, quæ *conditio ex lege* appelletur, ut certi conditio

ctio ob caussam, sine caussa, & superio-
5 res speciales. † Nomen actionis propositum ex instituto & usu iuris Romani, quo placuit de singulis rebus ita actiones constitui, ut quoad eius fieri posset, certæ solemnesque essent, ne populus prout vellet, eas institueret. *L. 2. §. his legibus, supr. de orig. iur.* Et in eo hoc præcipue observatum, ut ubi liceret, certa quoque nomina actionum essent: tanta religione, ut si quis ubi nomen certum proditum esset, eo in instituenda actione non uteretur, aut cum nullum nomen esset, certum nomen diceret, non recte ageretur, nec teneret intentio. *L. 1. vers. ideo autem, infr. si men. fal. mo. dix. L. 1. infr. de æstimator. L. 1. 2. infr. de præs. ver.*

Genere actionis cognito, deinceps illud alterum, quando quibusve conditionibus competat, expendamus. Id enim definitio exprimit. Tria hic in summa Paulus exigit: primum obligationem; tum hanc ipsam non quamlibet, sed certam, nempe quæ nunc primum introducta sit, non confirmata; introducta lege, non alio iure: introducta lege nova, non vetere; tertium hoc, ne ea lege cautum sit, quo genere actionis experiamur: omnia posita hoc loco sub conditione. Unde intelligimus omnia esse eiusmodi, ut quidquid horum deerit, sub contraria conditione actio denegetur. *L. 1. vers. huius, supr. de off. eius. L. quibus diebus, §. 2. infr. de cond. & dem.* Iam singula quam vim & sententiam habeant, videamus.

6 Ait ergo, SI OBLIGATIO. † Exigit, ut dixi, in primis obligationem, ex qua actio hæc introducatur. Proinde si dominium lege aliqua nova alicui constitutum sit, ut constitutionibus dimidium thesauri concessum est domino soli, dimidium inventori, atque inde in rem actio: *§. thesauros, inst de. rer. divis.* ex lege non agetur. Falsum, si quidem *ex lege* intelligeremus, actione quæ ex ea lege descenderet: nam & in rem actio ex lege est. Sed iam effectum est hoc verbo notari nomen & titulum actionis, idest, condictionem quæ appellatur ex lege. Hæc vero obligationem præcedentem desiderat. Est enim omnis condictio actio in personam. *§. sic itaque, Inst. de act. L. actionum, infr. de obl. & act.* Nec ulla actio in personam, nisi ex obligatione, seu adversus eum qui obligatus est. *§. 1. Inst. de act. d. L. actionum, de obl.*
7 *& act.* † Ait, SI INTRODUCTA SIT. quod valet, si nunc primum introducta sit, non ea quæ cum prius inducta esset, nunc lege nova sit confirmata: ut sciamus, si qua vetus obligatio sit, quæ iterum confirmetur, non esse huic condictioni locum ex confirmatione. Hoc ideo, quod si vetus lex actionem certam dedit, eadem nunc etiam post confirmationem utemur, ut non sit nova opus. Quod si nullum dedit, erit quidem condictio ex lege, sed ex lege priore quæ actionem induxit; non ex posteriore, quæ hanc confirmavit. Ita semper *condictio ex lege*, erit ex lege obligationem introducente, non autem confirmante. † Quidam hoc loco tractant, 8
quando videatur obligatio seu actio lege constitui. Et magna subtilitate scilicet, ac longis distinctionibus id explicare conatur Bartolus, ut in re admodum perplexa: qua nescio, an quidquam sit expeditius. Sive lex de re aliqua actionem in aliquem esse vult, sive quid alicui præstari iubet, obligationem aperte constituit. Est enim obligatio vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei præstandæ. Proinde quæ lex hoc vinculum atque hanc necessitatem inducit, ea obligationem inducit. Exemplo est lex Aquilia, qua obligationem & actionem de damno iniuria dato inductam esse constat. Ea tamen nihil amplius, quam ob damnum datum pecuniam domino dari iubet. *L. 2. infr. ad leg. Aq.* Ubi autem dandi præstandive nulla necessitas est, sed tantum lex dare aut accipere permittit, ibi perspicuum est nullam obligationem, nullam actionem intelligi posse.

† AIT, SI OBLIGATIO INTRODUCTA 9
SIT LEGE. Dixit *lege*, non iure, ut non quocunque iure introducta sit obligatio, nec ubi cautum non sit, qua actione experiamur, ibi hac actione agendum sit; sed ita demum, *si obligatio introducta sit lege*. Idque postulat nomen actionis: non enim potest recte dici condictio ex lege, ubi actio ex lege non proficiscatur. Legem hic accipere debemus, non generaliter omne ius, neque rursum angustius eam tantum, quæ proprie ita appellatur in divisione iuris, idest, populi ipsius Romani legem: *§. constat, Inst. de iur. nat. gent. & civil.* sed & hanc, & omnem aliam constitutionem similem, idest, civilem, & quæ ipsa constitutione vim legis habeat; constitutionem civilem tamen, eamque vi & auctoritate similem: ut neque gentium ius, neque prætorium hoc verbo contineatur. Principio si qua lex sit Pop. Romani, qua introducta sit obligatio, nec cautum de genere actionis, hinc maxime hanc condictionem esse dubitari non oportet: cum hæc sola specialiter,

liter, & per excellentiam lex dicatur. Exemplo est autem lex Iulia de adulteriis, ex qua eiusmodi obligatione introducta, condictione ex lege agi traditum est in *L. si postulaverit, §. pen. & ult. & L. ult. infr. ad leg. Iul. de adulter.* Sed non minus & ex aliis constitutionibus similibus hæc condictio datur, ut plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum. Exempla suppeditant constitutiones aliquot Iustiniani, quibus cum introductæ essent obligationes quibusdam in caussis, alia actione deficiente, condictio ex lege esse dicitur his ipsis legibus. *L. ult. §. sin autem ex contractibus, C. de pet. her. L. generaliter, §. licentia creditoribus, C. de iur. del.* Constitutiones quidem proprie leges non sunt, ut lex specialiter dicitur populi Romani iussus; sed sunt legi similes, eodemque iure habentur, ut est in *§. quos autem, Inst. de bonor. poss.* scilicet quia legis vim habent. *L. 1. supr. de const. prin. §. sed & quod, Inst. de iur. natur.* Qua ratione vi & potestate sunt leges, & ita absolute nominantur in *d. L. 1. de const. pr. & d. §. sed & quod.* Eo fit, ut quæ hinc condictio est, recte dicatur ex lege, fitque id nomen & in hac specie iuris rebus consequens: quod fieri debere recte monemur in *§. est & aliud, Inst. de dou.* Eadem caussa est senatusconsultorum. *d. §. quos autem, Inst. de bon. poss.* Plebiscitorum multo magis, quippe quæ plebis lex sunt, & dicuntur. Unde lex Aquilia dicta, quæ nihil nisi plebiscitum est.

10 *L. 1. infr. ad leg. Aqui.* † At non est hæc condictio ex iure gentium, aut iure prætorio, quia neque hæc sunt leges, neque constitutiones legi similes: condictio autem est ex lege, & ita etiam nominatur. Et quidem ex his partibus iuris condictionem ex lege non esse hinc constat: quæcunque enim inde obligationes introductæ sunt, si de his nullæ sint certæ proditæ actiones, tantum præscriptis verbis aut in factum agitur. Iurisgentium obligationes sunt ex illis conventionibus, cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *L. iurisgentium, in pr. sup. de pact.* Si tamen conventio in aliud nomen contractus non transeat, eoque nec sit nomen certum actionis, est ex conventione actio præscriptis verbis in factum. *L. naturalis. 1. resp.* & deinceps tota. *L. solent, infr. de præs. ver.* Proinde non condictio ex lege: quia præscriptis verbis non agitur, nisi cum deficiunt vulgaria & usitata nomina actionum, *L. 2. L. 3. infr. de præs. ver.* Similiter & edictis prætorum si qua sit obligatio constituta, nec ullum sit certum nomen maleficii, eoque nec actionis inde comparatæ; non tamen inde alia actio est, quam in factum: nusquam autem condictio ex lege, aut edicto. *L. pen. in pr. supr. ne quis eum, L. 1. §. hæc in factum, supr. de his quæ deie. vel eff. L. 1. in prin. supr. si men. fal. mo. dix.* Cur ergo ex his non est condictio ex lege, ut est ex constitutionibus: cum superiora non minus sint partes iuris? quia, inquam, condictio ex lege comparata est ex iis obligationibus, quæ lege introductæ sunt; superiora autem quæ dicimus, neque leges sunt, neque constitutiones legi similes. Legis enim hæc sunt. Primum lex constitutio est civilis, ius ab hominibus constitutum. Deinde constitutio eiusmodi, quæ statim ut emissa est, ius facit, & cives tenet. *L. 1. supr. de legib.* Hæc iuri gentium & prætorio non conveniunt. Ius gentium constitutio civilis non est, sed ius omnium hominum commune: ius non ab hominibus profectum, sed a natura. *§. ius autem civile, Inst. de iur. nat.* Edicta autem prætorum sunt illa quidem constitutiones quædam prætorum; sed quæ si originem spectemus, legis vim non habuerunt: non enim ab initio fecerunt ius perpetuum, sed tantum ita, ut pro tempore annui magistratus his tenerentur cives. Servantur nunc quidem pro iure perpetuo edicta prætorum non aliter, quam senatusconsulta, aut principum constitutiones: quinimo & optimam iuris Romani partem constituunt. *§. constat, §. prætorum, Inst. de iur. nat. gen. & civil.* Sed hoc postea edictis tributum est constitutionibus, ex quo tempore edictum perpetuum dici cœpit, ut docui ad *L. interpositus, C. de trans.* Cæterum ab initio, ut dixi, & quatenus hæc a prætoribus profecta sunt, non hæc vis est & potestas edictorum. Unde in *§. quos autem, Inst. de bon. poss.* ex numero legum earumque constitutionum, quæ legi similes sunt, nominatim eximitur ius prætorium, negaturque eandem vim habere: † 11

Sed hic oritur quæstio. Esto enim non sit ex iure gentium, aut iure prætorio condictio ex lege, quia nomen non conveniat iis partibus, quæ non sunt leges; attamen convenire potest nomen condictionis ex iure: quoniam & hæc itidem sunt iura. Cur ergo & ex legibus proponitur condictio certa, quæ nomine rei conveniente vocatur *ex lege*; non item ex iure gentium & prætorio demus condictionem certam, quæ convenienter di-

catur

catur condictio ex iure? Quia nulla eiusmodi condictio prodita est edicto prætoris, aut ullis legibus. At hoc quæritur, cur non sit prodita. Iuris enim gentium, & iuris prætorii obligatione, atque adeo actione non minus admissa, quam ex lege, an non absurdum aut incongruens videtur obligationi legitimæ tribuere condictionis nomen, quod a suo iure appelletur; cæteris autem eandem vim & conditionem habentibus non tribuere? Nihil vero hic absurdi aut parum consentaneum, sed omnia origini suæ contentiunt. Meminisse enim oportet condictionem ex lege non esse actionem tantum (nam alioqui ex omnibus obligationibus suprascriptis pariter est actio constituta) sed actionis certæ nomen: quod cum proponitur, ita proponitur, ut eo ad agendum utendum sit: id quod non tam in eo, quam in solemnitate & formula actionis positum est. In solemnibus aliud ius civile, aliud ius gentium & prætorium postulat. Quæ sunt iuris civilis, ea recte iuris civilis præceptis & solemnibus subiiciuntur. Quæ sunt iuris gentium, non item: in his magis res ipsa, quam verba spectantur. Eadem ratio est iuris prætorii, quod magis æquitatem, quam subtilitatem iuris sequitur. *L. possumus, infr. de iniuſ. rup. test. L. ius autem, supr. de iust. & iur.*

AIT, SI OBLIG TIO LEGE NOVA IN-
12 TRODUCTA SIT. † Novam legem exigit, ut declaretur, si lege obligatio sine certo nomine actionis inducta sit: ex lege quidem nova condictionem ex lege esse; ex vetere autem, quamvis iisdem conditionibus concurrentibus non esse. Hoc tamen ita, si verbum hoc NOVA ad legem refertur, non ad obligationem. De quo prius statuendum est. Sunt enim, qui dubitent, superiorem sententiam absurdam rati, in quibus est Bartolus, putentque potius ad obligationem referri: ut sit sensus: si obligatio nova introducta sit lege, neque cautum, quo genere actionis experiamur, quacunque lege id factum sit: sive vetere, sive nova, condictione ex lege agendum esse. Sed hoc neque contextus orationis patitur, neque verbum INTRODUCTA. Contextus hic est: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT. Hic verbum NOVA coniungitur cum lege, non cum obligatione, cur ergo sententiam interpretantes cum lege non coniungamus, sed cum obligatione contra seriem verborum? Quod posterius si sit, faτendum est verborum traiectionem hic esse admodum vitiosam: ut pote non modo abhorrentem a definitione, quam simplicem & dilucidam esse convenit; sed etiam adhibitam impediendæ sententiæ & erroris obiiciendi caussa: cum rationem recti sermonis quis secutus iuste existimaturus sit, verbum NOVA ad proxima referri debuisse. Sed multo magis refragatur verbum INTRODUCTA: quod vi sua novam obligationem, & non aliam quam novam continet. Quid est enim introducere obligationem, nisi nunc primum inducere: & quæ nunc primum inducitur, nisi nova? Vetus aliqua si proponitur, non introducitur lege, sed confirmatur. Ea res facit, ut qui novam obligationem exprimere vult, si introductam dixerit, satis dixerit, nec possit verbum, NOVA, adiici, nisi superflue: proinde & vitiose. Semper autem in omni oratione, & maxime in legibus verba ita accipienda sunt, ne quid frustra & vitiose positum videatur. *L. si quando, infr. de legat.* I. *L.* I. *in fin. infr. ad muni. L. in ambigua, supr de legib.* Quod usque adeo in hac definitione retinendum est, ut quamvis ita scriptum esset. SI OBLIGATIO NOVA LEGE INTRODUCTA SIT. Ut verbum, NOVA, sine vitio contextus tam ad obligationem, quam ad legem aptari posset: tamen ad legem potius deberet referri, ne oratio in redundantiam & superfluitatem incurreret; cum qui obligationem introductam dixit, satis dixerit novam introductam. Nunc cum ipso contextu verbum, NOVA, solum legi non obligationi adiungatur: dubitari non debet, quin hoc dicatur, ex lege agendum esse, si obligatio introducta sit lege nova: ut sit sensus, quem dixi: si obligatio lege introducta sit, nec cautum, quo genere actionis experiamur, condictionem quidem ex lege eo nomine dari, sed ita, si obligatio introducta sit lege nova: si vetere idem factum sit, cessare. Argumentum, ut dixi, in *L.* I. *vers. huius, supr. de off. eius cui mand. est iurisd.* Atque hinc præcipua difficultas huius definitionis. Nam primum quæ hic lex vetus dicenda est, quæ nova? Imo vero quæ lex est, quæ eadem non possit dici & nova & vetus, prout cum prioribus & posterioribus legibus conferetur? Lex Iulia de adulteriis si conferatur cum legibus præcedentibus, nova est; si cum sequentibus, & maxime si cum constitutionibus posteriorum Imperatorum, est admodum vetus. Ita fiet, ut non tantum sit incerta hæc definitio, dum explicare non possumus, quæ sit lex nova aut vetus; sed etiam contraria de eadem lege affirmet, & se ipsam refellat, dum ex eadem lege dat condictionem ex lege, & simul

simul denegat. Dat, quia lex nova est: & rursum adimit, quia eadem lex est vetus diversa ratione. Utrumque autem in eandem legem eodem tempore concurrere non potest. Tum autem ut statuamus aliquam legem proprie dici veterem, cæteras novas, quid caussæ dici potest, cur ex novis legibus detur hæc condictio; ex vetere autem, quæ maxime lex est, hæc eadem condictio quamvis iisdem conditionibus intervenientibus non detur? Huc accedit, quod ex ea lege, quæ maxime vetus est, nempe lege duodecim tabularum, multis exemplis probari videtur ex lege agendum esse, idest, condictionem ex lege competere. Quæ ex-
13 plicanda sunt. † Et de verbis legis novæ & veteris facilis responsio est. Sic enim eadem lex dicitur vetus & nova, si de ea dicatur ex comparatione aliarum legum priorum aut posteriorum. At ubi simpliciter & extra comparationem lex vetus aut nova nominatur, certa hic & definita genera legum in usu iuris intelliguntur. Constat enim verbo veteris iuris seu legis intelligi legem duodecim tabularum, quæ ita dicta est per excellentiam. Cæteræ leges & constitutiones postea secutæ appellantur novæ, seu ius novum. *L. 1. & L. 3. supr. de her. pet.* Sic autem lex duodecim tabularum nominata est, quod hæc prima est, quæ certo constituta sit a Romanis, ut maneret. Nam ante fuerunt quidem leges aliquæ regiæ, sed incertæ, & eæ quæ lege duodecim tabularum lata, exoleverunt; ut solum ius Romanum certum primum esse cœperit in legibus duodecim tabularum, *L. 2. §. 1. supr. de orig. iur.* Cum his legibus cæteræ postea collatæ, consequens fuit, ut dicerentur novæ. Ita sit hoc loco certa definitio, ut intelligatur, si aliis legibus omnibus obligatio nova constituta sit, nec cautum, qua actione experiamur, ibi competere condictionem ex lege; sin introducta sit obligatio lege duodecim tabularum, etsi maxime de genere actionis cautum non sit, ibi tamen cessare hanc condictionem. Ne sit hoc mirum, quod secundo loco quærebamus: quasi quod in cæteris legibus constituitur, absurdum sit, non constitui & in ea, quæ maxime lex est, nempe lege duodecim tabularum. Constitutum esset & in hac lege, si quidem opus esset; sed non fuit necesse. Sciendum est enim legibus duodecim tabularum latis, statim post ex his compositas esse actiones, id est, singulis actionibus sua nomina & suas formulas esse inditas, quibus ageretur de iis caussis, de quibus obligationes petitionesve his legibus erant constitutæ. *L. 2. §. his legibus, & §. deinde, seq. supr. de orig. iur.* Hinc factum, ut cum obligationes legis duodecim tabularum suas proprias & usitatas actiones haberent, non desideraretur aliud nomen actionis, puta condictionem hanc ex lege, quæ aliis deficientibus, quasi subsidio comparata est. At enim lege duodecim introducta est obligatio & actio multis in caussis: in quibus tamen aperte traditum est agi ex lege, ut actio de pauperie. *L. 1 & L. 3. supr. si quad. pau fe dic.* actio de glande legenda, item de pastu pecoris. *L. qui servandarum, § ult. infr. de præs. ver.* Sed non ideo efficitur in his esse condictionem ex lege, tametsi definitio huius legis iisdem verbis utitur, & sic accipitur, ut de condictione intelligatur. Initio enim ostendi verbum, *ex lege*, esse ambiguum: ut interdum nomen actionis notet; interdum caussam & originem, unde actio nata est. Hic quidem nomen actionis designare, qui aliter sine vitio accipi non possit. Alias autem cum dicitur quibusdam in caussis atque ex lege duodecim tabularum, sic esse interpretandum: ut intelligatur agi actione ex ea lege descendente, non autem condictione ex lege, quod huic loco non adversatur. Satis igitur demonstratum est legem novam hic intelligenter nominari, ut hoc verbo leges omnes intelligantur, quæ legem duodecim tabularum secutæ sunt. Novam enim veteri opponi, ac veterem intelligi solam legem duodecim tabularum. Ex hac vetere condictionem ex lege non esse, & quamobrem non sit: ut de nova recte hic adiectum sit ad veterem removendam, atque hoc solum relinquatur, quod hic definiri dicimus, ibi solum condictioni ex lege locum esse, ubi obligatio lege nova, id est, ea quæ lege duodecim tabularum posterior est, introducta sit.

Sed videamus, ne hoc ipsum non semper verum sit, quod hic aperte definitur, saltem ex lege nova condictionem ex lege esse, cum ea lege obligatio introducta est, nec cautum, quo genere actionis experiamur. Non obiicimus hic edicta prætorum, quibus obligatio & actio introducitur de maleficio, ex quibus ut plurimum est in factum actio, non condictio ex lege, aut edicto *L. pen. supr. ne quis eum, qui in ius voc. est, vi exim. L. 1. §. hæc in factum, supr. de his qui dei. vel effu. L. 1. in pr. supr. si men fal. mo. dix.* Iam enim ante docui edicta prætorum leges non esse, nec constitutiones le-

gi

. gi similes, eoque nec verbo legis hic contineri: ut proinde nec possint obligationes inde introductæ dici introductæ esse lege nova, cum ne lege quidem introdu-
14 ctæ sint. † At in his saltem definitio falsa videri potest: in actione præscriptis verbis, & in lege Aquilia. Actionem præscriptis verbis civilem dici constat: quod nihil aliud est, quam ex iure civili esse. *L. iuris gentium, in pr. vers. & ideo, supr. de pact. L. 1. in fi. cum L. seq. L. solent, in fin. infr. de praes. ver.* Constat & illud, hanc non competere, nisi cum aliud genus actionis deficit. *L. 2. L. 3. infr. de praes. ver.* Quod ipsum certo argumento est, ex quibus caussis præscriptis verbis actio est, ex iisdem condictionem ex lege non competere. An non igitur hinc efficitur in hoc genere caussarum iure civili, atque adeo lege actionem introduci, nec ullam proponi certum genus actionis, neque tamen agi condictione ex lege? Sane vero efficitur; sed nihil adversus definitionem. Prodita est enim actio præscriptis verbis iure civili: do etiam introductam lege. Sed non ideo civilis est: non ideo iure civili, aut lege introducta est obligatio, ex qua præscriptis verbis agitur. Hæc est iuris gentium: utpote ex iis conventionibus quæ iure gentium obligationem pariunt, *L. si operas, infr. de praes. verb. L. iuris gentium, supr. de pact. L. ex hoc iure, supr. de iust. & iur.* Si iuris gentium est, non est dicenda introduci lege: quoniam, ut ante docui, ius gentium lex non est, nec constitutio legi similis. Idcirco nec hæ caussæ ad definitionem pertinent, quæ de obligatione lege introducta loquitur. Confirmantur quidem conventiones illæ, earumque obligatio iure civili & lege: qua ratione & caussæ ipsæ & earum obligationes tum civiles, tum legitimæ interdum dicuntur, ut *d. L. iuris gentium, in pr. vers. sed etsi, supr. de pact. §. sed istæ, Inst. de act.* Sed civiles sunt, quia confirmantur iure, non quia introducuntur. Definitio de obligatione introdu-
15 cta, non de confirmata concepta est. † Plus dubii videtur in obligatione & actione legis Aquiliæ. Lex Aquilia vere lex est, & ea, quam verbo legis in hac definitione contineri supra ostendimus. Eandem novam esse constat, utpote non solum lege duodecim tabularum, sed & aliis multis legibus posteriorem. *L. 1. supr. ad leg. Aq.* Sed nec ea lege nominatim cavetur, quo genere actionis experiamur, si modo nihil amplius fuit in lege, quam quod de huius capitibus refertur partim in *L. 2.* partim in *L. si servus servum, §. tertio capite, supr. ad leg. Aq.* Ita conditiones omnes definitionis propositæ ei legi eiusque actioni congruere videntur. At non congruit definitum. Non est enim ex ea lege condictio ex lege, sed actio eius legis propria, quæ certo & proprio nomine appellatur actio damni iniuriæ, vel ut alii malunt, damni iniuria, ut subaudiatur dati. *d. L. si servus, in pr. & §. si quis de manu, L. quemadmodum, §. item, in fin. §. si navis, L. illud, L. si quis testamentum, cir. fin. ad leg. Aqui. Inst. eod. tit. in pr.* Unde & passim actionem legis Aquiliæ dici legimus, ut intelligatur proprium actionis genus ei legi conveniens, non commune: qualis est condictio ex lege, quæ accommodatur omnibus legibus ad definitionem huius loci pertinentibus. *d. L. si servus, §. servi, §. si cum apes, §. si navem, §. ult. L. qui occidit, §. pen. L. nam sicut, L. ob id, L. si quis fumo, in fin. ad leg. Aq.* Et vero condictionem ex lege hinc dari nusquam scriptum, aut relatum animadvertimus. Sed ne huius quidem legis exemplum definitioni propositæ adversatur. Cætera enim definitionis concurrunt in hoc exemplo. Unum deest, quod est in Pauli definitione, quod obligatio & actio de damno dato constituta est lege Aquilia, sed non primum introducta, quod definitio exigit. Fuerunt & ante legem Aquiliam multæ aliæ leges, quibus de damno dato cavebatur, ut traditur in *L. 1. ad leg. Aq.* Secuta est lex Aquilia, quæ non actionem de damno introduxit, sed de æstimatione & quantitate damni constituit. Definitio, ut dixi, concepta est de obligatione, quæ lege nova primum introducta sit. Quamquam nihil vetat, quominus dicamus & lege Aquilia cautum esse de certo genere actionis, eamque post illa verba legis, quæ referuntur in *L. 2. ad leg. Aq.* propositam fuisse. Nihil enim ad rem pertinet, quod id nusquam postea refertur. Nam & post illa eadem verba actionem proponi in duplum adversus inficiantem, ibidem scriptum est; neque tamen ea pars legis usquam relata est. Sed quoniam de eo nihil certi habemus, quia verba integra legis non exstant, in priore responso manere tutius videtur.

Ait, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur.
† Recte, nam ubi lege actio certa & ne- 16
gotii propria prodita est, frustra alia desideretur, & præsertim ea, qua non item proprie res exprimatur, qualis est condi-

ctio ex lege: quod verbum communiter ad omnes leges pertinet. Genus actionis est species actionis, seu actio certa distincta ab aliis. Ut, *hoc contractus genus*, in L. ult. infr. *de cond. cau. dat.* pro hæc species contractus, seu hic contractus, qui nominatim ibi propositus erat; quasi genus locati & conducti intervenit in *L. 1. §. si quis servum, infr. dep.* idest, species quodammodo locationis & conductionis, seu quasi quædam locatio & conductio. Fit autem species actionis, seu certa actio, cum propriis notis distingui-
17 tur ab aliis actionibus. † Distinguuntur autem iure civili actiones aliæ ab aliis, ut re de qua agitur, ita præcipue nominibus propriis rei convenientibus, quæ cuique actioni attributa erant, prout natura rei nomen certum patitur (neque enim omnes res id admittunt, quoniam natura rerum comparatum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. *L. 4 infr. de præs. ver.*) sed dum natura negotii admitteret, suis nominibus & propriis quæque actiones notatæ sunt iure civili & distinctæ inter se, ut ea esset cuiusque rei propria actio, quam nomen certum ostenderet. Unde quæ actiones dicuntur proditæ & vulgares in *L. 1. infr. de præs. ver.* eæ mox in *L. 2. eod. tit.* dicuntur vulgaria atque usitata actionum nomina; ut intelligamus actionum vulgarium discrimen esse in nominibus cuiusque propriis; non quidem propter nomen, sed quia res ipsa suis nominibus distincte notaretur. Item in *L. 1. infr. de æstimat.* cum initio dictum esset, proponi actionem præscriptis verbis de ea re quæ æstimata vendenda data est, dubitaretur autem quæ hic actio ex pluribus illic propositis competeret: subiicitur ratio: quia daretur ea actio, quoties de nomine contractus dubitatur: de nomine contractus idest, de nomine actionis: quoniam actionis nomen ex appellatione contractus nascitur. *L. 2. iuncta L. 3. infr. de præscr. verb.* unde intelligimus dubitationem de nomine actionis non aliam esse, quam dubitationem de specie actionis, seu de eo, quæ sit actio. Quare his verbis, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, sciamus hoc dici: si nec eadem lege expressum sit, qua actione, quove nomine actionis experiamur, seu si nec nomen actionis proditum sit eadem lege, quo agendo utamur. Hinc certius apparet, quod supra dixi, cum de condictionis verbo agerem, condictionem ex lege hic non significare actionem in personam, quæ ex lege descendat, sed actionis certæ nomen, quo in hac specie agenti utendum fuerit apud Romanos. Est enim hic sensus definitionis: si alia actio certa prodita non erit, hanc certam futuram, quæ *condictio ex lege* appellatur. Alioqui si significaretur simpliciter, actione ex lege descendente hic agi, non fuit addenda hæc conditio: *si cautum non sit, quo genere actionis experiamur:* cum etiamsi id cautum esset, & eo genere experiremur, nihilominus verum esset agi condictione, idest, actione in personam ex lege descendente: quoniam etiam certa & certi nominis actio, non minus actio est, nec minus a lege proficiscitur, cum lege constituta est.

Quis ergo usus est, quæve utilitas huius conditionis? Nam dum obligationem lege constitutam, & inde agi posse constabit, quid refert, quæ sit actio, hæc, an alia: & quid nomen actionis ad rem pertinet, dum res aliter intelligatur? Et usus in eo est, quod postea dicitur, hac actione agendum esse: de quo sequebatur, ut diceremus, sicut postulat ordo definitionis. Sed prius dubitationi occurrendum est, quæ hoc loco incidit. Videmus enim, ex multis quæ in singulis actionibus quæri solent, ut actio consistat, unum hoc tantum tradi hac definitione, quando hac condictione agendum sit, de quo ante hactenus dictum est. † Atqui ad re- 18
ctam institutionem actionis non minus illa pertinent, quibus ex caussis quæque actio nascatur; quibus, adversus quos, & qua de re competat. Cur ergo & de his nihil definitur? Et de instituto Pauli in hac re affirmari nihil potest; consulto ne hæc ab illo prætermissa sint; an quia quo loco hæc definitio scripta est, illi propositum esset solum dicere, quando huic condictioni locus esset. Hoc de re vere dici potest, ideo de his in hac condictione quærendam definitionem non esse, quia nec certa tradi potest, neque etiam ullam tradi est necesse: ut quodcunque Pauli propositum hic fuerit, semper recte dicturi simus bene hæc esse omissa, nec ad definitionem revocari debuisse. De his definiri nihil potest: quia quæ novis legibus constituuntur obligationes, eæ longe diversis ex caussis, inter alios atque alios, de aliis atque aliis rebus constituuntur: ut in caussis tam dissimilibus res sub unam notionem non cadat, sed quid quæque obligatio postulet, ex unaquaque lege qua obligatio introducta est, sumendum sit. Sed nec de his rebus definiri necesse est: quoniam cum non sit condictio ex lege, nisi cum nova lege obligatio

tio aliqua introducta est, nunquam prius ad condictionem venietur, quam de lege ipsa constiterit, unde ea obligatio & condictio est. At lege proposita, statim superiora se ostendunt: ut non aliunde, quam ex lege definitio hæc petenda sit. Lex enim quæque in actione proponenda necesse habet hæc complecti, quam ob caussam, cui, adversus quem, & ad quid velit esse actionem. Ita si lex ante condictionem institutam certa est: superiora item de condictione certa sint, necesse est. Iam ergo de usu, qui sequitur, videamus.

19 Ait, agendum est. † Hic ut dixi, condictionis ex lege usus spectandus est. Non enim dicit Paulus condictione ex lege agi posse, aut condictionem ex lege dari, seu competere. Quod si faceret, vere huius condictionis nullus esset usus. Nam his verbis cum daretur ius & facultas agendi, sic intelligeretur dari, ut liberum esset actori ita agere aut non agere. *L. pen. C. de pac. L. sæpe, supr. de off. præs.* Et quoniam actionis nomen hoc verbo constitui dicimus, eveniret hoc quoque, ut liberum esset eo nomine in agendo uti, aut non uti. Hic vero merito liceret quærere, quod supra quærebamus, quid nomen actionis ad rem faceret, ubi prius obligationem, eoque & agendi potestatem lege introductam esse constaret, & sine nomine res intelligeretur. Et omnino fatendum esset, actionis nomen hic adiici inutile esse pariter actori & reo. Actori quidem, ut qui sine eo nomine agere potuerit, ac nihilominus idem consequi; reo autem, ut qui actorem eo nomine uti cogere non potuerit. Nunc autem ait Paulus, *agendum esse*, quo necessitas agendi significatur. In hac necessitate versatur usus huius condictionis. Hoc enim eo pertinet, ut sciat actor, dum pro conditione definitionis hoc loco propositæ ex lege agere volet, non esse sibi liberum alio nomine aut forma uti; sed necesse habere sic experiri, ut nomen hoc condictionis exprimat: id est, dicat se quod petit, condicere ex illa aut illa lege, cuius legis beneficio utitur. Eiusque rei vis hæc est, ut nisi ita actionem instituat, edatque adversario, nulla sit editio, nec intentio teneat; sicut evenit in omnibus certis & vulgaribus actionibus iure proditis. *L. 1. supr. de eden. L. 1. supr. si men. fal. mo. dix. L. 1. 2. & 3. infr. de præs. ver.* Quod actoris caussa comparatum non esse perspicuum est, ne quis forte utilitatem eius aliquam hic requirat; sed comparatum est rei caussa, ut ei consulatur: quo scilicet actione certa constituta, & sibi edita, facilius deliberare possit, utrum cedere, an contendere debeat: & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum *d. L. 1. infr. de ed.* Nullane ergo alia utilitas est in cæteris actionibus proponendis, ut commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locati conducti, certi condictione & similibus? Imo alia. Nam cæteræ proponuntur maxime actionis caussa, ut sciatur in iis negotiis, de quibus agitur, esse actionem, & cui, adversus quem, quave de re sit actio, cum de his rebus quivis acturus dubitare posset. Sed etsi generalis aliqua actio proponatur de aliis caussis, de quibus iam ante speciales & proprias actiones esse constabat, ut certi condictio: tamen hoc ipsum utilitatem hanc actoris continet, quod actor plures actiones de eadem re habere incipit, quibus pro arbitrio in iudicio utatur: quod ad nonnullam commoditatem agendi pertinet. Nihil horum in condictione ex lege proponenda intelligi potest. Primum hæc non proponitur actoris de iure suo commonefaciendi caussa, ut sciat se de hac aut illa re, ex illa aut illa lege habere actionem: quippe qui illa prius constituta & nota habeat, quam ad hanc actionem veniat. Proponitur enim condictio sub conditione, si obligatio lege nova introducta sit. Unde prius hoc ipsum constare oportet, legem aliquam esse, & ea lege obligationem esse constitutam, quam hac condictione quisquam experiatur. Id autem ubi constet, etiam illud constat, legem facere agendi potestatem. Non enim aliter obligatio est, quam si obligatus necessitate obstringatur eius rei præstandæ de qua agitur, ut est definitio obligationis *Inst. de obl.* neque ulla necessitas est præstandi, ubi id iudicio petere & persequi, ut auferas, non licet. Qui ante propositam hanc condictionem, cognovit ex lege, se actionem, id est, agendi potestatem constitutam habere, huic plane dici non potest hæc condictio ideo proponi, quo de iure iam satis noto instruatur. Sed nec proponitur condictio ex lege ad commoditatem actoris, quo is plures de eadem re actiones habeat, ut de condictione certi, triticiaria, & aliis generalibus quibusdam dici potest: propterea quod non est hæc conditio, nisi tunc cum obligatio lege primum inducta est, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur: id est, nisi cum de ea obligatione nulla alia certa actio prodita est. Non immerito igitur dicimus aliam

eſſe cauſſam cæterarum actionum proponendarum; aliam huius conditionis: omnique alia utilitate huius actionis remota, eius uſum verſari in eo, non ut actor propoſita uti poſſit, idque ſciat ſibi licere; quod ei inutile eſt; ſed ut uti in agendo neceſſe habeat, quo reo conſulatur. Id autem eſſe, quod Paulus hic dicit, ex lege agendum eſſe, non autem agi poſſe.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENT.

AD TIT. DIG. DE CONDICT. TRITICIARIA.

SUMMARIA.

1. Triticiaria *quæ actio.*
2. *Nominis origo anceps, unde, & cui bono de ea quærere.*
3. Triticiaria *ab auctore* Tritico *recte.*
4. Triticiaria *a tritico dici non potest ratione nominis repugnante: cur nomina inventa, & qualia esse debennt.*
5. *Tritici appellatione non contineri fruges, certe non eas quæ fruges non sunt.*
6. *Actio a re aliqua dicta extra eas iure non competit.*
7. *Actiones aliæ quæ de tritico quidem competunt, verumtamen competunt & de aliis rebus, non dicuntur triticiariæ.*
8. *Triticiariam non appellari a tritico, probari* L. 1. eod. tit.
9. *Caussa auctori de etymo* Triticiariæ *pluribus differendi.*
10. *De Etymologia* Triticiariæ *Græcorum quorundam sententia, & ea refutata.*
11. *Formulæ actionum ex petitione alicuius privati natæ non sunt, sed compositæ, ut ex iis privati agerent.*
12. *Formulæ actionis cuiusque ita compositæ, ut ad res omnes eius actionis pertinerent.*
13. *Actionis nomen nunquam ab una re, quæ primo petita est.*
14. Triticiaria *non inde dicta, quasi proposita sit primo in edicto de tritico, post deinde ea translata ad res alias nomen prius retinuerit.*
15. Triticiariam *ab auctore dici necesse; triticiariam dici non triticariam.*
16. Triticiaria, *qualis, & quibus ex caussis.*
17. Triticiaria *cui, & adversus quos*
18. Triticiaria *stricti iuris, non arbitraria, non de rei æstimatione.*
19. *Arbitraria non continuo, in qua iudex rem æstimat.*

DE CONDICTIONE TRITICIARIA a quærentibus prima quæstio occurrit de genere actionis, deque eius nomine, ut sciatur quæ sit, quidque hoc verbo significetur, sic deinde quæratur, qualis sit actio quæ hoc ver-
1 bo proponitur. † Actionem in personam esse constat. Est enim condictio. Omnis autem condictio, actio in personam. *L. actionum, infr. de obl. & act. §. sic itaque, Inst. de act.* Huius proprium, quod comparata est de rebus omnibus, excepta pecunia numerata. *L. 1. hoc.* Ita de
2 genere actionis convenit. † De nomine ambigitur, unde dictum sit, utrumne ab auctore, ut dicta sit triticiaria, quia proposita sit a Triticio in edicto, ut a Publicio Publiciana; an vero a re, idest, tritico, quia & de eo scripta fuerit: nam de origine verbi nihil in libris nostris traditum, aut etiam significatum legimus. Originem autem & significationem dubiam facit anceps nominis derivatio, & huic consentiens analogia. Triticiaria namque, si analogiam tantum sequimur, & a Triticio deduci potest, & a tritico. Sic enim a Triticio dicitur triticiarius, ut a triclinio triclinarius. Utque triclinarium dicimus, quod est triclinii, seu quod ad triclinium pertinet: sic recte triticiarium, quod est Triticii, ut & actio quæ ab illo nata est. Et rursum ut a lectica lecticarius, a fideicommisso fideicommissarius dicuntur, qui lecticam aut fideicommissum sequuntur: sic a tritico recte triticaria, quæ triticum persequitur, seu quæ est de tritico. Incertitudinem originis auxit varietas scripturæ Florentinæ. Nam in Pandectis Florentinis inscriptio huius tituli est, *De condictione triticiaria*, quæ

forma

forma ad auctorem magis refertur. At in *L. 1.* nominatur condictio *triticaria*, quod potius a tritico duci videtur. Ambigitur ergo, utrum horum probandum sit potius. Et sunt, qui prius probent; sunt etiam, qui posterius. Quid hoc ad ius, quæret aliquis, ut de hac origine sollicitum quem esse oporteat? Nihil admodum, fateor, si alioqui res intelligatur. Sed cum verbum significandæ rei caussa impositum sit: non prius certo statui poterit rem a nobis intelligi, quam quid sit in verbo, cognoverimus. Ad ius hoc quoque pertinet. Periculum est enim, ne ignoratione verbi tribuamus huic actioni, quod non est in re, atque ita in iure rei erremus. Et ut nihil sit aliud: tamen agitur in eo veterum iurisconsultorum existimatio, & dignitas iuris, ne quid imperite aut inepte in hoc nomine imponendo factum putetur. Quid ergo est? Etsi quæritur, quid istorum de hac actione recte dici possit (ut omnino quærendum est, cum de intelligentibus auctoribus agitur, nec aliunde constat, an aliud auctores senserint) hoc, inquam, si quæritur, res expedita est. A Triticio auctore recte & ex usu iuris dici potest; a tritico autem nullo modo: non sane magis, quam ab asino & bove, aut etiam saxo, de quibus & hæc
3 ipsa actio competit. † Ab auctore actionem quamlibet recte dici notum est. Declarat Publiciana actio: de qua diserte scriptum est in *§. namque*, *Inst. de act.* hanc Puplicianam appellari, quia primum a Publicio prætore in edicto proposita est. Nec dubium est, quin inde & hæ actiones appellatæ sint, Pauliana, Serviana, Calvisiana. Ne quem analogia hic moverit, quod actio triticiaria dicitur, non, ut superiores, triticiana. Non enim una forma est derivationis apud Latinos. A Triticio quidem recte dicatur Triticiana eadem forma, qua superiores: quomodo & hæc condictio in quibusdam exemplaribus nominatur. Sed non minus etiam recte dicitur Triticiaria, ut a triclinio res triclinaria, ut supra ostendi. Quare si quis dicat Triticiariam dici a Tritico, ut Accursius probabiliter dici existimavit, quod & Bartolus sequitur: negari non potest, quin fiat exemplo, dicaturque tum significandæ rei, tum usui iu-
4 ris convenienter. † A tritico vero ut dicatur, quæ ratio nominis & recti sermonis, quis usus iuris & veterum in actionibus pati potest? Nam ut de his aliquid cum fructu dicamus, quod valeat ad res etiam cæteras: omnes concedunt *triticiaria* verbum nomen esse huius actionis. Quinimo quod dicimus aliquam rationem esse, cur ita nominetur, eamque rationem quærimus, hoc ipso maxime ita actionem nominari, & recte nominari confirmamus. Si nomen est huius actionis, omnino a tritico dici non potest. Repugnat lex & ratio certa omnium nominum. Quod verbum rem aliquam non significat, sed quidvis aliud, id eius rei nomen esse non potest, ac si ei imponitur, non nisi inepte & absurde imponitur: ut si actionem de equo appellem asinariam, aut si de tritico appellem bubulam. Nomina enim significandarum rerum caussa inventa sunt. *§. si quidem*, *Inst. de legat.* unde & rebus iubentur esse consequentia: *§. est & aliud*, *Inst. de donat.* ut si rem non significent, eique non conveniant, ne nomina quidem sint. At si a tritico dicitur hæc actio, nihil minus quam verbo triticiariæ actio significatur. Meminisse enim debemus competere eam non de tritico solo, sed de rebus omnibus tam immobilibus, quam mobilibus, & tam animatis quam inanimatis, nec minus incorporalibus, quam corporalibus. *L. 1. hic.* Non ergo ut triticiaria nomen sit actionis, a tritico dici potest. Nam ut forte quatenus de tritico est, dicatur recte triticaria; at certe de cæteris rebus omnibus, puta fundo, equo, asino, bove, & aliis innumeris hoc nomine dici non potest: quia hactenus non est de tritico: cum istæ res tritici appellatione non contineantur; nihiloque rectius de cæteris rebus dicatur triticaria, quam de tritico ipso dicatur asinaria, aut prædiaiis. Nisi forte quis putat verbo tritici cæteras res posse intelligi: quod non ita est. † Nam 5
quod quidam dicunt tritici appellatione vetustatem fruges omnes appellasse: neque verum est, nec quidquam ad istam etymologiam confirmandam pertinet. Esto enim, hoc verbo contineantur fruges; at non continentur res immobiles, fundus, ædes: non mobiles animatæ, ut equus, bos: non mobiles inanimatæ, quibus non vescimur, ut lapides, ligna, libri, supellex: de quibus tamen omnibus non minus hæc actio competit. Ita hac ratione effici potest, triticariam de frugibus omnibus recte ita dici posse a tritico; illud non efficitur recte dici de aliis, quæ sunt innumerabiles. Quinimo contra efficitur non recte dici, quia frugum, eoque & tritici verbo illæ non contineantur. Quid tamen, si quis dicat proprie quidem tritici appellatione cæteras res non contineri; at figurate accipi posse, ut ex parte totum significetur: quippe triticum præcipuam partem esse in hac actione, quoniam

niam tritico maxime homines ad vitam utantur: hinc a parte præcipua συνεκδοχικῶς totum appellatum. Id in verbo tritici dicere non licet. Non possunt intelligi hoc verbo tanquam ex parte præcipua res cæteræ, quia triticum cæterarum rerum pars non est; tantum abest, ut sit præcipua. Quis enim dixerit triticum esse partem asini, aut bovis? Quid, si potius dicamus propter dignitatem & præstantiam rei solum triticum esse nominatum, ut nihilominus propter hanc cæteræ res intelligi debeant? Absurde vero hoc dicatur. Neque enim præstantia cuiusque rei eius rei substantiam mutat, facitque ut magis contineat, aut attingat res cæteras, quamvis multo inferiores. Aurum ex omnibus metallis præstantissimum habetur. Neque ideo non per se seiunctum est a stamno, aut plumbo, aut eius appellatione illa inferiora aut continentur aut intelliguntur. Imo vero quo quæque res dignior & præstantior, eo magis distinguitur a cæteris. Quæ res facit, ut huius appellatione multo minus cæteræ intelligantur.

Dixi de ratione nominis, ostendique, quam hæc non permittat, ut triticiaria dicatur a tritico: quia nomen actioni non conveniat, eoque nec nomen sit actionis. Sic fieri, ut si actionis nomen est, inde appellari non possit. Nunc dicam de usu iuris, & veterum in actionibus appellandis. Ex quo non minus intelligetur hanc eandem legem veteres ubique diligenter servasse, ut essent nomina actionum rebus convenientia: neque hunc usum pati ut triticiaria, cum de aliis omnibus rebus competat, quæ triticum non sunt, a tritico nomen habeat, quæcunque dignitas,
6 præstantia, aut petitio tritici statuatur. † Hoc primum observare licet in usu iuris, ut cum actio a re petita nomen accepit (qualis est triticiaria, siquidem a tritico petito dictam volumus) sic appelletur ab ea re, ut constituatur ea res propria actionis, ac complectatur quidem ea res sub appellatione generis species omnes, de quibus actio competit, verum extra eas de cæteris rebus actio competere negetur. Exempli gratia: actio commodati est, quæ de commodato; depositi, quæ de deposito; pigneraticia, quæ de pignore; hypothecaria, quæ de hypotheca; certi condictio, quæ de certo competit: unde & hæ nomen habent. Hæc ita a rebus de quibus competunt, nominantur, ut competant quidem de omnibus actionis nomine comprehensis; at simul de aliis competere negentur. Nunquam enim de commodato sit actio depositi; aut de deposito actio commodati. Nec pigneraticia de alia re competat, quam de pignore; hypothecaria de alia, quam de hypotheca, multoque minus de re incerta sit certi condictio. Merito: nam aliis rebus nomen non congruit. Nunquam enim commodatum est depositum, aut depositum pignus vel hypotheca; nunquam incertum certum. Ut appareat veteres in hac re rationem illam nominum, quam dixi, esse secutos, ut nomina rebus convenirent. Ita non ex usu veterum rationem recti sermonis, sed ex ratione & perpetua lege recte loquendi usum veterum natum esse. Hanc legem atque hunc usum etiam in triticiaria valere oportet, si quidem & hæc nomen accepit a tritico petito. Si a tritico appellata est, sic nomen accipi debet: ut de tritico quidem cuiusvis generis competat; at de aliis rebus quam de tritico non competere intelligatur. Et plane esset absurdum de iis rebus quæ triticum non sunt, dici eam esse triticiariam, idest, de tritico. Prohibet igitur & certa ratio, & consentiens usus iuris, quominus eam a tritico dici velimus, aut dictam esse interpretemur. † Atque ut hic usus 7
spectatur in iis actionibus, quæ ex re petita appellantur: sic & in iis, quæ competunt de rebus pluribus, & simul de tritico, similiter ut triticiaria. Constat actionem depositi, sic de rebus omnibus depositis competere, ut sit etiam de tritico deposito: sic empti actionem de rebus omnibus venditis, ut sit etiam de tritico vendito: sic certi condictionem de omnibus rebus certis, ut sit & de certo tritico, ex quacunque caussa debeatur. Atqui omnes hæ & si quæ aliæ sunt similes, sic dicuntur a re petita, ut nomen sit a genere toto earum, de quibus comparatæ sunt; nulla autem plane dicatur a tritico, quamtumvis & de eo competat: quia scilicet non de eo solo, sed & de aliis rebus innumeris non minus competant. Cur igitur dicatur potius actio hæc a tritico, quæ de pluribus aliis rebus constituta est, quam superiores, etiam si competat etiam de tritico? Apparet neque hoc usum veterum in reliquis appellandis, neque rectam rationem pati posse.

Quæ si ita sunt, satis argumenti est, inde veteres non appellasse. Neque enim tam imperiti fuerunt, ut ignorarent nomina rebus significandis adhiberi, a quibus potius hæc sententia toties usurpata & constituta est: tam stulti, ut eam actionem quæ esset de asino, aut ædibus, qua parte talis esset, tritici nomine significari putarent: quis enim sanus asinum, aut ædes

ædes triticum appellet? iam immemores fui, ut cum alias actiones omnes a re petita nominatas nominibus rosi generi convenientibus appellassent, in hac ona a seipsis descíscerent, nt eam a solo tritico tam præter consuetudinem, vocabulo tam
8 non fno nominarent. † Nunc doceo, ut non potuit triticiaria nisi stulte & contra usum iuris appellari a tritico, quæ de tritico solo non fuit? ita re vera nec inde appellatam esse, quod propemodum liquet ex *L.* 1. *hic*. Illic enim Ulpianus tractans ex professo, qnibus de rebus hæc actio competat, primo generaliter definit alias res omnes, quæ sint præter pecuniam numeratam, per hanc actionem peti: mox enumeratione ntitur: *sive*, inquit, *pondere, sive mensura constent: sive mobiles sint, sive soli:* proinde fundum, usumfructum, servitutem prædiorum hac actione peti posse. Nusqnam tritici mentionem fecit; quod tamen necesse fuit in hac quæstione, si actio a tritico diceretur. Ne quis enim putaret, quia a tritico dicta est, eam competere de solo tritico, quod ex verbo existimari oportuit: necessario hæc cogitatio illi amolienda erat occupatione, & ita dicendum: & si condictio a tritico appellata est, & de eo præcipue proposita; non tamen triticum solum per hanc actionem peti potest, sed generaliter res omnes aliæ præter pecuniam numeratam, & quæ sequuntur. Quod cum non fecerit, atque adeo cum ne nnta qnidem de tritico magis, quam de aliis rebus significarit: perspicuum est nullam hic eiusmndi dubitationem fuisse ex verbn tritici, eoque nec actionem inde esse appellatam.

Sed quid proficimus his rationibus, di-
9 xerit aliquis? † Dissentiunt Græci interpretes, magni auctores videlicet, qui casu quodam huic actioni id nomen inditum tradunt. Dissentiunt & nostra ætate nonnulli, qui ad illorum auctoritatem serio nos revocant, nec dubitant hac sententia apud illos inventa eam nobis ut magnum quendam thesaurum, rem notatu valde dignam, & antea reconditam commendare. Scio; & hæc mihi caussa fnit adversus hunc errorem pluribus disserendi, quo adversus eos auctores certius huius originis & iuris veritas statueretur. Multos enim movet cuiuslibet antiquitatis nomen; alii propter imperitiam plus linguæ tribuunt, hominum more admirantes, quæ non intelligunt: quasi peregrini interpretes ut plurimum antiquitatem Romanarum ac iuris & linguæ imperiti, ideo plus viderint, quia Græce scripsernnt. Quod ni ita esset, nunquam essem tam ineptus, ut quamvis superiora verissima esse statuam; tamen in re iudicio meo non obscura, frustra longiorum operam sumerem. Imo ne sic quidem aliis dissentientibus, in quæstione de verbo, quæstione, ut videtur, cum de re constat, non admodum necessaria, pluribus immorarer, nisi sententia ipsa esset eiusmodi, quæ ineptam & absurdam etymologiam huic actioni affingendo, iurisprudentes veteres semel omnes in hac appellatione seu indncenda seu retinenda summæ inscitiæ & stultitiæ condemnaret, doceretque nihil esse tam ineptum aut absonum dictu, qnod Iurisconsultis veteribus, cum illis collibuisset, probari non posset. Quam iniuriam cum fieri dolerem optimis auctoribus, hanc longius serpere non sum passus, quin pro eo ac facere iuris interpretem & veritatis amantem decet, occurrerem, statuereturque hic exemplum, ex quo posset intelligi, quantum istis Græcis tribuendum esset & fidei & auctoritatis, cum de iure Romano, de sermonis Latini vi & origine agitur. † At enim dissentiunt illi non simpliciter, quasi iis sufficeret affirmare triticiariam a tritico dictam esse; sed & huius originis caussam afferunt, ut quidam pntant, valde consentaneam; ne forte quod hic ab illis dicitur, statim repudiemus. 10
Ergo hoc etiam restat, ut qnid dicant, cognoscamus. Scite vero illi huius rei caussam reddiderunt. At ego non vereor, ne hac paulo proprius inspecta, non ab omnibus qui aliquo iudicio præditi sunt, cum sua caussa irrideantur: tantum abest, ut putem cuiquam intelligenti dum attendenti eam probari posse. Volunt triticiariam a tritico dictam esse, quia initium agendi fuerit de tritico; idque ita explicant. Narrant eum qni primus hac actione egerit, petiisse triticum, & in hanc rem postulasse sibi hanc actionem dari. Hinc formulam primum compositam a Iurisconsultis, ut erat usitatum illis temporibus, quibus sua cuique actioni formula constituta erat; & compositam fuisse de tritico, ut tum id petebatur, formula nimirum ad factum accommodata: inde & formulam & actionem triticiariam esse appellatam. Hæc illi. Quæ nisi omnia non tantum falso, sed etiam partim nugatorie, partim absurde, partim imperite dicta esse ostendo, non recuso, quin nos inepti & imperiti, boni autem isti auctores omnium optimi & peritissimi mea etiam sententia habeantur. Aiunt eum, qui primus egit hac actione, egisse de tritico. Nugari hoc quidem est, non docere. Quid enim, si quis neget? quomodo probabunt? An non potuit,

potuit, qui primus egit, de aliis rebus agere? Neque vero illi vixerunt illis temporibus, ut testari possint de tritico potius, quam de alia re actum esse, neque idoneum ullum huius facti auctorem citant. Valde ineptum est pro fundamento alicuius sententiæ id ponere, quod si negetur, longius progredi non possis. Sed potuit hic actor & de tritico agere: itaque quia potuit, etiam fecisse eum, si ita videtur, concedamus. Quid tum postea? an qui agit de tritico, continuo triticiaria agit? An non potest de tritico deposito agere, ut sit actio depositi: de empto, ut sit actio ex empto, non triticiaria. Potest omnino; & si quis ex his caussis petat, actiones superiores impetret, non triticiariam. Quid est igitur, quod dicunt, ad huius petitionem, qui primo de tritico egit, formulam & actionem triticiariam compositam fuisse, non depositi, aut ex empto? Quia scilicet proponunt eum actorem, non qui primus egerit de tritico simpliciter; sed qui egerit hac actione, seu qui de tritico hanc actionem sibi dari postularit. Postulabat ergo iste actor hanc actionem, nempe triticiariam. Erat ergo iam tum triticiaria actio, & ipsa quæ nunc ita appellatur. Alioqui quomodo ea ageret, quæ non erat prodita? solus actione & iudicio experiri potest, qui actionem habet. *L. si pupilli*, §. *ult. supr. de neg. gest.* Nemo autem actionem futuram habet, & quæ nondum est, sed præsentem, & iam ante iure proditam. §. *namque:* illic, *nullam habet in rem*, Institut. *de action.* Erat ergo, ut dixi, iam tum actio triticiaria, cum iste hac actione experiebatur, & eum eam sibi reddi postulabat a prætore. At hoc iidem illi paulo post negant. Affirmant enim post huius actoris petitionem compositam esse & appellatam formulam triticiariam, atque inde istius nominis occasionem & initium fuisse: idque ut efficiant, unum hoc illis in ratione huius nominis explicanda, propositum est. Quod si post nata est, certe ante, aut tempore eius petitionis non fuit. Et quisquam est, qui hæc secum pugnantia atque adeo *ἐναντία* esse non animadvertat? Et illi si cogitarent quid dicerent, hæc unquam tam inconsiderate scriberent? nam si cogitarunt & scripserunt, ne his mediocris etiam intelligentia defuit. Utcunque est, ad eos hoc loco refellendos non aliis auctoribus, quam his ipsis opus est. Quid enim dicent? primum illum actorem egisse triticiaria actione? falsum est ipsis auctoribus: hæc enim actio nondum nata erat, ut quam postea compositam & inductam volunt. Atque hoc ipso etiam efficitur, hanc postea compositam non esse: quia ipsis auctoribus non alia de caussa composita formula actionis triticiariæ fuerit, quam quod triticiaria actio initio postulata est. Rursum volent omnino istum actorem triticiaria actione egisse? falsum igitur, quod sequitur, triticiariam actionem postea esse inductam: ut quæ iam ante fuerit, quia non potuerit non esse tunc, cum ea ageretur. Atque hoc modo retro versus falsum erit istum actorem prius egisse triticiaria actione: quia si egisset, volunt consequens fuisse, ut formula triticiaria postea componeretur. Ut appareat, quod dixi, non magis hæc esse contraria, quarum uno posito, alterum tollatur; quam *ἀντίφατα*: quorum uno posito, sic alterum tollatur, ut simul tollatur & illud quod prius positum fuerat, atque ita neutrum consistat. Permittamus tamen illis ita divinare, ut qui primus egit triticiaria actione, egerit de tritico, demusque nihil contrarii esse in eo, ut dicatur aliquis egisse actione triticiaria, cuius tamen actionis nomen postea natum & inditum sit. Quid hæc petitio tritici ad nomen actionis inducendum facit, ut hæc propterea triticiaria appellari debeat? Imo, inquiunt, composita est inde a Iurisconsultis formula in verba ipsa facti & petitionis: unde & a tritico triticiaria dicta est. Hic vero non iam facti ut prius, sed iuris inscitia in istis deprehenditur. Nam si formulam iudicii intelligunt, quæ tum agenti data sit, nihil ad rem pertinet: hic enim non de unius iudicii formula, sed de genere toto actionis componendo agitur. † Sin intelligunt 11
formulam actionis, qua in omnibus caussis eius generis homines uterentur: falsum est formulam huiusmodi ex petitione esse profectam: falsum de tritico solo compositam, seu in ea solius tritici mentionem factam esse. Primum verum non est formulam actionis ex petitione nasci; sed contra prius concipitur formula actionis generalis a prudentibus, qua deinde homines iudicio experiantur: nam ut posterius sit ius, quam id, quod iure tribuitur, idest, actio, absurdum est. Idque est, quod a Pomponio dicitur, compositas esse initio actiones, quas certas solemnesque esse voluerint, quibus deinde homines inter se disceptarent, ne populus prout vellet, eas institueret. *L.* 2. §. *his legibus, vers. deinde, supr. de or. iur.* Tum autem ut formula actionis triticiariæ petitionem triticiariam sequuta esset: tamen falsum est formulam de tritico com-

compositam esse: falsum in ea solius tritici mentionem esse factam. Idque & ratio, & usus iuris manifeste convincunt.

12 † Ratio quidem certa. Cum enim de genere actionis componendo ageretur: formula in res omnes ei actioni subiectas componenda fuit, non in speciem aliquam ex innumeris; ut sciretur formulam componi, quæ competeret non de una illa specie, sed de omnibus, & simul de quibus competeret, intelligeretur. Alioqui ut nomen actionis, sic & formulæ ineptum esset ad rem exprimendam. In usu autem iuris non componi formulam, appellarive ex re una aliqua, quæ aliquando petita sit, aut nunc petatur ea actione, sed exprimi rem eo verbo, quod res omnes eius actionis proprias continet, exemplo est formula hypothecaria. Sic enim appellatur aut actio hypothecaria, aut formula, quæ hanc actionem continet: ad quam formulam Caius & Marcianus scripsere, ut indicant inscriptiones *L. 4. & 5.* & earum aliquot, quæ his auctoribus tribuuntur *infr. de pignor.* Negari non potest, eum qui primus egit actione hypothecaria, egisse non generaliter & infinite de hypotheca, sed specialiter de fundo, aut aliis rebus certis piguori datis. At videmus formulam inde compositam non appellatam ex illis speciebus, sed conceptam de genere toto: unde & nomine generis appellata sit hypothecaria. Hinc & formula vulgaris dicta tum de formula, tum de actione quæ formula comprehensa est, in *L. si servus, 42. infr. de fur.* Vulgaris non alia de caussa, quam quod ita composita est, ut vulgo parata sit omnibus agere volentibus ad eas res, quæ ea actione petuntur; proinde & talis, qua vulgo & sine discrimine ad eas res utan-

13 tur. † Quod si de nomine actionum ipsarum quærimus, ut hic de actione triticiaria, non de triticiaria formula agitur: licet hoc idem multo magis in omnibus actionibus animadvertere, quibus ex re petita nomen est. Sumantur exempli gratia, actio commodati, depositi, pigneraticia, empti, locati. Quis est tam imperitus rerum aut iuris, qui nesciat omnes, qui aliqua harum actionum primi egerunt, de re aliqua certa egisse, quam a se commodatam, depositam, pignori datam, emptam, aut locatam dicerent? Nulla tamen ex his nomen accepit ex ea re, quæ primo petita est: & merito, quia sic nomen rei non conveniret; sed ut generaliter ad res omnes commodatas, depositas, pigneraticias, emptas pertinebant. Ita generale nomen quæsitum est, quo res omnes continerentur. Quod & in triticiaria tum formula tum actione factum esse ambigi non debet, certa ratione nominum & perpetuo usu iuris ubique id comprobante.

Definamus igitur adversus ea, Græcorum istorum nescio quorum auctoritate in hac re uti, quos videmus confidenter quidem, attamen tam nugatorie tamque imperite de re ignota scripsisse: statuamusque quod initio posuimus, cum actio hæc non magis sit de tritico, quam de aliis rebus omnibus: non modo non convenire optimorum auctorum usui atque prudentiæ, sed etiam plane absurdum esse, hanc appellare a tritico; nomine non magis congruente, quam si ab equo equina, a bove bubula, ab asino denique asinaria appellaretur: quod tamen pariter facere licuit, cum de his rebus non minus competeret. Discamus etiam nihil ad actionem a re aliqua nominandam facere initium eius rei petitæ: quia neque ex hac petitione formula actionis nascitur; nec si nasceretur, concipi aliter debet, aut in usu iuris solet, quam ut tota actio ea formula exprimatur. † Illud fortasse esset probabi- 14
lius, si diceretur primum in edicto propositam fuisse actionem de tritico solo; unde & initio recte dicta sit triticiaria; post deinde translatam esse actionem ad res cæteras, quæ incertam æstimationem haberent. Ut in Serviana actione factum scimus, quæ de invectis & illatis in ædes conductas pignoris iure persequendis edicto proposita, tandem porrecta est ad res omnes alias pignori obligatas. *§ item Serviana, Inst. de act.* Unde evenit, ut res postea mutata sit, quæ fuerat initio, nomen tamen manserit. Sed ne hoc quidem dici potest. Nam hoc modo ea quæ competeret de tritico, diceretur absolute triticiaria; quæ autem esset de cæteris rebus diceretur quasi triticiaria aut triticiaria utilis, ut in eadem illa actione Serviana observari constat. Quæ enim de invectis & illatis est, dicitur Serviana; quæ de aliis pignoribus & hypothecis, quasi Serviana. *d. §. item Serviana, Inst. de act.* hæc eadem Serviana utilis in *L. 1. §. cum prædium, infr. de pig.* Nunc autem non modo nusquam legimus utilis triticiariæ, aut quasi triticiariæ nomen; sed etiam Triticiaria, quæ absolute & proprie ita dicitur, ex æquo tribuitur rebus omnibus in *L. 1. hic,* idest, quæ tritico, eadem & cæteris; sic enim Ulpiani definitio est. Et generaliter dicendum est omnes res per hanc actionem peti præter pecuniam numeratam. Observandum & illud, tunc actionis de certis rebus comparatæ

nomen

nomen ad alias quoque res transferri posse, cum nomen est ab auctore, ut in eadem Serviana accidit, quæ ab invectis & illatis tacite pignori obligatis translata est ad alias hypothecas; sic enim nomen actionis natura sua omnibus rebus convenire potest, cum nihil prohibeat, quominus qui voluit de quibusdam rebus actionem Servianam, exempli gratia competere, voluerit & eam competere de aliis similibus, ut nihilominus ex sententia auctoris recte in omnibus dicatur Serviana. At cum actio ex re petita appellatur, quia nomen certo generi rerum tribuitur, id in his rebus manet, nec transfertur postea ad alias: quia nec potest, cum alii generi non conveniat, repugnante verbi significatione. Indicio est illa eadem Serviana, cum ex hypotheca, idest, ex re de qua competit, nomen sumitur, dicitur que hypothecaria. Hæc enim sic competit de omnibus pignoribus & hypothecis, quod nomen significat, ut constet de his rebus, quæ pignori obligatæ non sunt, competere non posse: quia in eas, quæ hypothecæ non sunt, hypothecariæ nomen non cadat. *d. §. item Serviana, de*

15 *act.* † Quod cum satis effectum sit, triticiariam actionem a tritico dictam non esse, nec nisi absurde dici posse: sequitur, non ut iam probabiliter existimetur dictam esse a Triticio, exemplo Publicianæ, quod nostri putant; sed etiam necesse sit ita existimari, Cum enim inter omnes conveniat, aut ab auctore eam dici, aut a re petita, idest, tritico: si a tritico dicta non est, relinquitur, ut sit nomen ab auctore. Hunc autem fuisse intelligimus, cui nomen esset Triticius, non Triticus: unde &. Triticiaria appellata sit, non Triticaria, quia more Romano de persona dicitur Triticius, ut Fabricius, Porcius; non Fabricus, Porcus, vel Triticus. Idque eo magis probandum est, quia & inscriptio huius tituli est, *De condictione Triticiaria*: & hanc appellationem ubique retinuerunt Græci interpretes, etiam tunc cum scribunt hanc actionem a tritico dictam esse: magno argumento & illos ubique sub hoc titulo ita legisse. Qui sicubi legissent triticariam, non dubium, quin hanc vocem prætulissent, ut origine ad triticum propius accedentem, eoque & convenientem iis, qui actionem a tritico dici vellent. Ita cum in Pand. Florentinis in *L. 1.* legatur *triticaria* condictio: hic potius vitium scripturæ agnoscendum est, & emendandum ex inscriptione, quæ in iisdem Pandectis est, ut restituatur triticiaria, quam inscriptio ex eo loco mutanda. Et cur metuamus in hoc verbo id mendum levius agnoscere in Pand. Florentinis, cum in iisdem Pandectis in extremo eiusdem *L. 1.* ita legatur, VEL VI MOBILI ABREPTA: ubi constat pro vi legendum esse *re?* neque enim vis mobilis eripitur, sed res mobilis eripitur vi.

SED † DE VERBO PLUS SATIS. De re 16
& actione ipsa, qualis sit, quod sequitur, iam videamus. Et breviter condictio Triticiaria huiusmodi actio est. Rebus de quibus competit, differt a condictione certi; aliis attributis adeo similis, ut quæ de illa diximus ad *L. certi, supr. si cert. pet.* hic congruant omnia. Quibus de rebus hæc actio competat, quidque in eo distet a certi condictione, declaratur in *L. 1. & 2. infr. eod.* quamobrem ibi dicemus. Reliqua, quia nusquam attinguntur ex professo sub hoc titulo, hic exponam. Sunt autem hæc, quæ ut in aliis actionibus, sic & in hac in conditione actionis maxime quærantur. Qua ex caussa competat hæc condictio; quibus detur, & adversus quos; stricti iuris sit, an arbitraria, quoniam & de hoc dubitandum est. In quibus puto omnia cum certi condictione ita esse communia, ut plane sint eadem. Competit certi condictio non proprie ex una aliqua caussa certa, sed indefinite ex omni caussa & obligatione, ex qua iure certum debetur, & peti potest. *L. certi, supr. si cert. pet.* ut proinde specialem caussam agendi, & sæpe specialem actionem esse oporteat prius, quam condictioni certi sit locus. Eadem caussa est & Triticiariæ condictionis. Si qua sit specialis caussa, puta contractus, aut maleficium; si qua inde obligatio iure constituta, unde agi possit: illinc erit condictio triticiaria, quæcunque illa caussa aut obligatio fuerit: dum non agatur de pecunia numerata, de qua hæc actio non competit. Extra eas caussas nulla est hæc condictio. Proinde earum caussarum cognitio aliunde huc afferenda est. Atque hanc communem caussam esse huius actionis probat, quod Ulpianus in *L. 1. §. 1.* tractans, num per hanc actionem res nostra peti possit, rem ad privatas & speciales actiones revocat, & ait non posse peti, *nisi caussis, ex quibus potest*: intellige, *potest*, non hac actione, cum hoc ipsum adhuc incertum esset, ex quibus caussis posset hac actione agi; sed *potest*, nempe aliis propriis & specialibus actionibus de re nostra proditis. Et ideo eas caussas subiicit: *veluti*, inquit, *ex caussa furtiva; aut re mobili abrepta*; aut si quis de fundo vi deiectus sit. Ex his

caussis res nostra & sine hac condictione iure peti potest, propriis actionibus in eam rem comparatis, de re quidem furtiva condictione furtiva; de re autem vi occupata interdicto unde vi, seu actione in factum ex ea caussa. Ita innuit condictionis triticiariæ nullas esse proprias caussas, sed si quæ sint, ex quibus privatæ & propriæ actiones constitutæ sint, easdem & caussas esse huius condictionis, ut ea agi possit; si privatæ caussæ huiusmodi nullæ sunt, nec hac actione agi posse. Nam quod in una specie rerum dicitur, id par ratio facit, ut pertineat ad omnes. Quapropter exemplum sequuti definitionis eius, quæ de condictione certi traditur in *d. L. certi, supr. si cert. pet.* etiam de condictione triticiaria sic recte definiemus: competere hanc ex omni caussa & omni obligatione, ex qua res omnes petuntur præter pecuniam numeratam. Qua definitione de caussis huius actionis constituta, necesse est eandem hic dubitationem exsistere, quæ in certi condictione: si nimirum non ex aliis caussis competit condictio triticiaria, quam ex quibus propriæ sunt & speciales actiones, quid tandem opus fuerit hac actione: & maxime in rebus certis, de quibus non solum speciales actiones sunt, sed etiam certi condictio generalis, quæ cum his concurrit. Quod cum communem cum illa rationem habeat, de eo idem nunc responsum volumus, quod tum fecimus, cum ageremus de certi condictione ad *d. L. certi, si cert. pet.*

17 Cui † & adversus quem Triticiaria actio competat, superior definitio cognita expedit. Si enim hæc actio competit solum ex iis caussis, ex quibus quid propriis actionibus ante in eam rem constitutis peti potest: necesse est eam non aliis neque adversus alios dari, quam quibus & adversus quos privata illa petitio est. Itaque cum de superiore definitione & caussis huius actionis inter veteres constaret: non mirum, si hoc titulo adiectum non est, cui & adversus quem actio competeret: quia hoc ex illo sua sponte intelligebatur, si modo privatæ illæ actiones, prius notæ essent: quarum cognitionem necessario
18 huc afferri oportet. † Quinetiam utrum condictio Triticiaria stricti iuris sit, an arbitraria, quod postremum quærebamus; propemodum eadem definitione adhibita diiudicatur. Consequens nimirum illi definitioni est, actionem stricti iuris esse, non, ut quidam putant, arbitrariam: quam ob caussam & hæc pars hoc titulo omissa est. Ipsæ enim illæ caussæ speciales, ex quibus hæc condictio datur, non omnes pariunt actiones speciales arbitrarias, sed plerasque stricti iuris, ut ex stipulatu, ex testamento, & similes. *L. in actionibus, in fi.* iuncta *L. alias, seq. supr. de in lit. iur.* Quomodo ergo esset arbitraria hæc generalis, quæ nihil amplius petit, quam quod actione speciali iure constituta peti potest? Quod si in quibusdam caussis arbitraria non est: in aliis omnino non erit. Etsi enim diversis ex caussis competit: unius tamen generis condictio est: quia una est actio, non plures. Proponamus nobis hic certi condictionem. Hæc non minus competit ex variis caussis, ex quibus quæ actiones privatæ nascuntur, aliæ sunt stricti iuris, aliæ bonæ fidei, aliæ arbitrariæ. Ipsam tamen condictionem nemo bonæ fidei aut arbitrariam esse dicit, quia nova hæc actio est, quæ inter hæc genera non recensetur. Certe tunc omnium confessione non est arbitraria, sed stricti iuris, cum ex caussa & actione stricti iuris proficiscitur. Idem & de condictione triticiaria necesse est existimari, quæ eadem definitione, & iisdem caussis obligationis utitur. Postremo cum nusquam numeretur inter arbitrarias, aut arbitrariarum nota ulla illi tribuatur: cur illam dicamus arbitrariam, non animadverto. Nam quod quidam hoc loco sine alia probatione intrepide affirmant, in hac actione iudicem æstimare rem arbitrio suo, quæ petatur habita ratione loci & temporis: item dari iudicem eius rei, quæ petitur, æstimandæ caussa, unde colligitur arbitrariam actionem esse: agnosco & in assumpto & in collectione asseverandi confidentiam istis familiarem: verecundiam in re tam aperta, & mediocrem etiam iuris cognitionem requiro. Quid enim minus verum est, quam hanc actionem esse de re æstimanda, seu rei æstimandæ caussa? Quod vel ex *L. 1. hoc tit.* cognoscere poterant, si quod illic dicitur, unquam expendissent. Aperte enim Ulpianus definit, per hanc actionem peti res omnes præter pecuniam numeratam: & enumeratione utens, nominatim dicit per hanc peti fundum, peti usumfructum, servitutes prædiorum, rem nostram ex caussa furtiva. Petuntur ergo res hac actione, non earum æstimatio. De re ergo est actio, non de rei æstimatione: ac proinde non de re æstimanda, non rei æstimandæ caussa. Quid, quod & ipsi rem per hanc actionem rem peti fatentur? Sed addunt iudicem rem quæ petitur æstimare, quia & rei æstimandæ detur. Hic vero ius manifestum reclamat. Sic enim ius est, ut quæ

res

res peritur indicio, de ea sic & iudicem iudicare oporteat, ut reum in eam rem condemnet, non in rei aestimationem. *L. ult. C. de fid. lib.* Quare si volunt iudicem hic rei aestimandae dari, eoque & pro potestate eam recte aestimare: ne dicant rem peti hac actione, sed peti aestimationem: ne dicant de tritico agi, sed ut postea loquuntur, de tritico aestimando. Nam utrumque iuris ratio non patitur, ut dicamus & rem peti deducique in iudicium, & nihilominus extra id quod in iudicium deductum est, potestatem iudicis excedere, ut eam rem aestimet, id est, reum in aestimationem condemnet, non in rem petitam. *L. ut fundus, supr. com. divi. d. L. ult. C. de fid. lib.* Sed prius, ut dixi, verum est, hac actione res peti, nec de aestimatione quidquam adiici ab Ulpiano. Ex quo efficitur nec propositam esse actionem rei debitae aestimandae caussa, aut re petita posse iudicem in hac actione rem arbitrio suo aestimare. Sane & in hac actione interdum res petita aestimatur: unde quaestio *L. 3. hic*, in hac actione cuius temporis aestimationem res petita recipiat. Sed necessitate rei cogente, non actionis natura. Id enim tunc fit, cum aliter res praestari recte non potest, ut ibi patebit. At ubi res debita exstat, & potest integra praestari: ut ipsa petitur hac actione iuxta definitionem Ulpiani, ita consequens est & condemnationem in hanc fieri, non in aestimationem. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Ita fit, ut semper natura sua haec actio non sit de re aestimanda: non ea, in qua iudex rem aestimet, nedum aestimet arbitrio suo.

Illa vero collectio cuiusmodi est: quia in hac actione rem aestimet iudex arbitrio
19 suo, ideo actionem esse arbitrariam? † An statim arbitraria, in qua iudex rem aestimat? Id vero longe aliter se habet. Nam quomodo res aestimatur in hac actione in specie *L. 3.* & in specie *L. ult. hoc tit.* Quo item modo in his ipsis locis quaeritur, cuius temporis aestimatio fiat: eodem modo & rem aestimari, & de aestimatione quaeri ac circa easdem species legimus in aliis actionibus, quas constat maxime esse stricti iuris: neque propterea illae actiones stricti iuris esse desinunt. Qualis est actio ex testamento, aut ex stipulatu? omnium confessione stricti iuris, ut & declaratur in *L. in actionibus, vers. plane,* iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* At Sticho legato aut promisso post moram debitoris mortuo, quia res adhuc debetur, sed corpus ipsum praestari non potest, ideo illis actionibus aestimatio praestatur: & in his iudicem rem aestimare, etsi per se satis intelligitur; tamen ne quis dubitet, diserte scriptum est in *d. L. in actionibus, vers. plane, de in lit. iur.* Qualis est condictio furtiva? Et ipsa stricti iuris, non arbitraria, ut in qua res nostra petatur, non ut nostra, sed ut nobis debita, & quam nobis dari oporteat. *§. sic itaque, Inst. de act.* At re furtiva perempta pariter & in ea actione praestatur aestimatio, neque aliter quaeritur cuius temporis aestimatio fiat, aut aliter de eo statuitur, quam in hac actione. *L. in re, in pr. & §. 1. supr. de cond. fur.* Conferatur cum eo loco *L. 3. h. t.* similia omnia reperientur. Qualis denique condictio certi ex mutui caussa? Non minus & haec omnium consensu stricti iuris, quae non numeratur inter actiones bonae fidei, aut arbitrarias, neque ad earum definitiones pertinet, ut patet ex *§. actionum autem, & §. praeterea, Inst. de act.* At in ea actione vinum petitum, quod mutuo datum erat, non aliter aestimari dicitur in *L. vinum, supr. si cer. pet.* quam aestimari legimus in *L. ult. hoc tit.* & quidem ita, ut utrobique iudex & temporis & loci pariter rationem habeat. Quare qui in qua actione iudex rem aestimat, & loci ac temporis rationem habet, ideo eam actionem arbitrariam dicit; is aut negat rem ita aestimari in superioribus actionibus, aut eas actiones stricti iuris esse non putat; aut quae sunt stricti iuris, easdem quoque putat esse arbitrarias: quae omnia manifesto iure refelluntur. Duo quidem priora satis ex iis quae modo diximus. Tertium vero ex eo, quod arbitrariae actiones, tertium genus statuitur apud Iustinianum distinctum ab actionibus bonae fidei, & stricti iuris. *§. actionum autem, & §. praeterea, Inst. de act.* In actionibus quidem arbitrariis res quae periit, a iudice aestimatur, ut in actione, quod metus caussa. *L. item si cum, §. haec autem, §. pro eo autem, supr. quod met. caus.* Sed non ideo in quibus res perempta aestimatur, omnes arbitrariae. Nam & in actionibus bonae fidei maxime huic ipsi aestimationi locus est: *L. 3. §. ult. infr. de act. em.* neque ideo aut haec condictio triticiaria, aut aliae in quibus eadem aestimatio servatur, sunt bonae fidei. Huic tamen opinioni videtur iam olim apud doctos quosdam viros, longe quam illi, attentiores caussam dedisse difficultas *L. 3. hic*: cui cum multa viderentur adversari, nec haberent aliud, quo illa expedirent, eo confugerunt, ut dicerent hanc actionem esse arbitrariam: cui proinde ut pro arbi-

arbitrariarum natura plus tributum sit in eadem re, quam cæteris actionibus. Hoc quidem est aliquid, & admitti posse putarem, si in *d. L.* 3. statueretur quid in condictione triticiaria, cum de hominis petiti æstimatione quæritur, diversum ab eo, quod in eodem genere servatur in actionibus reliquis. Sed si omnia in iure petitoris & exitu iudicii cum aliis iudiciis consentiunt: non necesse est fingere de hac actione, quod non probatur, ut eam repugnantiam tollas, quæ nulla est. De quo illic commodius.

Ad L. Qui certam pecuniam. 1.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, Si certum petatur: *qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc condictionem peti, si quæ sint, præter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, & si vectigalis sit, sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque prædiorum*.

S U M M A R I A.

1. *Triticiaria pecuniam admittit natura sua, & natura pecuniæ.*
2. *Pecuniam arbitraria actione peti posse.*
3. *Arbitrariam actionem esse posse, etiam in qua res petita non æstimetur.*
4. *Triticiaria cur de pecunia non sit proposita, voluntate sola proponentis factum.*
5. *Voluntati caussam dedit occasio, & quæ.*
6. L. 1. in pr. hic, *explicatur.*
7. *Triticiaria de rebus omnibus, sola pecunia numerata excepta.*
8. *Certi condictio non tantum de pecunia numerata certa, sed & de rebus aliis omnibus certis.*
9. *Triticiaria a certi condictione in rebus petitis quid differat.*
10. *Post generalem definitionem, Triticiariam competere de rebus omnibus, quid opus fuerit speciali quarundam rerum enumeratione hoc loco.*
11. *Triticiaria edicto proposita infinite de rebus, quæ incertam æstimationem habent: & quæ res his verbis contineantur.*

Locus est de rebus, quæ condictione triticiaria peti possunt: in quo complectitur Ulpianus, non tantum quæ peti possint, sed etiam nominatim quæ non possint, & in summa quibus de rebus hæc actio competat, aut non competat. Ac primum de quibus, seu potius de qua non competat. In hac caussa esse dicit pecuniam numeratam, quam significat hac actione peti non posse, non solum cum dicit eam peti illa actione, SI CERTUM PETETUR, idest, certi condictione, per adversativam autem subiicit, condictione triticiaria peti res cæteras; sed tum apertius, cum definit, *per hanc actionem peti res alias præter pecuniam numeratam*. Sed ut hæc peti hac actione non potest: ita ex iisdem verbis apparet solam esse eam, de qua hæc condictio non competat. Quæsitum ergo est, cur ex omnibus excipiatur pecunia numerata, & sola. Equidem dederim caussam aliquam fuisse, quæ prætorem moveret, ut videretur ei hanc
actionem proponere de aliis rebus omnibus; de pecunia numerata non item: ne temere id factum existimetur, ubi nulla omnino excipiendi caussa fuerit. Sed quæcunque fuerit hæc caussa, idem dico, hanc potius occasionem fuisse, quam ullam rei aut iuris necessitatem. † Nam ne- 1
que rei petitæ, neque actionis natura prohibet, quominus & de pecunia numerata hæc actio recte detur. Non rei omnino. Nihil est enim in pecunia numerata, quod non etiam cernatur in rebus aliis, quæ petuntur hac actione. Pecunia res mobilis est: & de mobilibus aliis omnibus hæc actio competit. Pecunia quantitate constat: constant & illæ, quæ pondere mensurave consistunt, de quibus non minus hæc actio competit. Pecunia res certa est: & de certis aliis rebus omnibus hæc actio locum habet: quæ omnia infra subiiciuntur. Pecunia quidem triticum non est; sed nec res aliæ, de quibus tamen omnibus hæc actio comparata est: ut quamvis quis potet

tet hanc actionem a tritico dici, nihil tamen origo nominis obstet, quominus detur actio & de pecunia numerata. Sane inter pecuniam & res cæteras hoc interest, quod pecunia certam æstimationem habet; cæteræ incertam, aut certe inconstantem, etiam si per se certæ sint. Sed nihil ad rem facit hæc æstimatio, ut propterea pecuniæ numeratæ hæc actio denegari debeat: quoniam hac actione res petitur, non æstimatio, ut hic Ulpiani definitio est. Atque ut pecuniæ natura hanc actionem non repudiat, sic nec natura ipsius actionis. Diximus triticiariam esse stricti iuris, quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei, aut arbitrarias in *§. actionum autem*, & *§. præterea, Inst. de act.* Et quis ignorat actione stricti iuris pecuniam numeratam peti posse? peti potest ex legati caussa, cum legata est; ex caussa mutui, cum mutuo data est; ex stipulatu, cum est in stipulatum deducta: ex quibus omnibus caussis stricti iuris actio est. *L. in actionibus, vers. plane, iuncta L. alias, supr. de in lit. iur.* Ac demus etiam, si placet, actionem esse arbitrariam. An ideo hac actione pecuniam numerata peti non potest? Sane vero hanc caussam quidam putant, cur non possit: quia & actio arbitraria sit, & in actione arbitraria iudex rem quæ petitur, æstimet; pecunia non æstimetur, sed ipsa æstimet res cæteras. Si verum dicendum est: plane pudendum utrumque, & quod arbitraria actione pecuniam numeratam posse peti negant, & quod adducunt, iudicem in arbitraria actione rem petitam æstimare: quasi non sit arbitraria, in qua res petita non æstimetur. Ad quæ convincenda unum exemplum notissimi iuris sufficiet in actione, de eo quod
2 certo loco promissum est. † Hæc actio certo iure arbitraria est, nec quisquam de eo ambigit. *§. præterea, §. loco, Inst. de act. L. 2. in pr. infr. de eo quod cert. loc.* Atqui hanc actionem non minus competere de pecunia numerata, quam de vino, oleo, frumento, & similibus rebus, nemo ignorare potest, nisi qui ignorat ius diserte scriptum in *L. 3. eod. tit. de eo, quod cert. loc.* & *§. loco, Inst. de act.* Ergo & arbitraria actione pecunia
3 numerata peti potest. † Sed & illud, lecta *ead. L. 3.* & *d. §. loco*, quis nescit, in ea actione pecuniam numeratam non æstimari, & nihilominus actionem esse arbitrariam? quippe ut illic declaratur, æstimatur utilitas loci eius, in quo pecunia solvi potuit: quæ utilitas æstimatur, ut pecunia numerata in eo est: quod pecuniæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris inveniuntur: & hactenus ea actio refertur in arbitrium iudicis. *d. L. 3. de eo quod cert. loc.* Quare verum est, sive Triticiariam stricti iuris esse dixerimus, sive arbitrariam: nihil tamen naturam actionis prohibere, quominus actio & in pecuniam numeratam cadere potuerit. † Ex quo efficitur, quod de ea re non competit, una 4
voluntate prætoris hanc actionem proponentis factum esse, non alia necessaria aut urgente de caussa: ut qui & de pecunia numerata eam proponere potuerit, nec minus iuste, cum pariter de pecunia debita ageretur, nec minus consentiente actionis natura. Et cur in hac actione id non admittamus, cum videamus & in edicto de certi condictione ex eadem voluntate prætoris pendere, quod condictionem de certis potius rebus proposuit, quam de incertis? nam profecto res incertas non minus deberi, & iure peti posse constat, quam certas. † Sed ut res 5
in se rationem iuris nullam habuit, quæ prætorem ita facere cogeret: ita occasionem, cur ita faceret, habuit. Atque ex huiusmodi occasione hæc distinctio rerum nata est. Occasio autem ex eo, quod in utraque actione instituenda sibi propositum habuit. Illic propositum erat prætori ex mutui caussa proponere certi condictionem. Ex hoc initio processit longius, ac per eam occasionem proposuit & ex illa caussa nominatim, & generaliter ex omni alia, ex qua itidem certum peteretur. In hac autem actione cum sibi proposuisset prætor actionem comparare de incertis rebus, quæ actio post condictionem certi adhuc deerat: ex eo caussam cœpit eam actionem paulo generalius proponendi de rebus omnibus, quæ in se incerti quid haberent. In quo numero cum essent res omnes aliæ præter pecuniam numeratam: ideo instituto serviens priores illas complexus est, pecuniam numeratam omisit. De quo mox plura, cum ad alias res ventum erit, quæ in hanc actionem cadunt, quarum tractatio apud Ulpianum huius rei explicationem certiorem desiderat.

† Redeo ad pecuniam numeratam. Quæ 6
postquam ex edicto hac condictione peti non potest, quæreret aliquis, qua ergo actione possit. Et id obiter interserit Ulpianus initio, aitque eam peti illa actione, SI CERTUM PETETUR: idest, certi condictione: de quo verbo diximus initio tituli. *Si certum pet. supr.* Definitio autem expendenda est. Ait: *qui certam pecuniam numeratam petit.* Dixit *numeratam*,

tam, quia alioqui pecuniæ verbum generale eſt, res omnes continens, de quibus triticiaria pariter & condictione certi uti poſſumus: de pecunia numerata; Ideſt, de nummis non item. Addidit *certam*, uberioris explicationis cauſſa magis, quam neceſſario: quia pecunia numerata ſi iure petitur, non alia, quam certa poteſt accipi: ſola enim peti poteſt ea, quæ certa eſt. Incertæ pecuniæ, ideſt, eius cuius numerus ſeu quantitas non exprimitur, nulla ſtipulatio, nulla obligatio eſt. *L. ita ſtipulatus.* 115. *in pr. infr. de verb. obl.* Proinde nulla petitio: quæ in actionibus in perſonam ex obligatione oritur. §. 1. *Inſt. de act.* Ergo certam dixit, quia re vera in hanc ſolum cadit, ut condictione certi recte petatur; at non ita, ut incertam pecuniam removeret: quoniam de incerta dici non debet, hanc peti non poſſe certi condictione, ſed peti omnino non poſſe: ut quæ neque ea actione peti poſſit, neque ulla alia. Ait, eum, qui certam pecuniam petit, uti *certi condictione*. Non recte definit, dixerit aliquis. Non enim ſolum ea condictione pecunia numerata peti poteſt; ſed & aliis non tantum multis, ſed & magis negotii propriis: nempe ſpecialibus innumeris, prout eſt cauſſa, ex qua pecunia debetur: ut mandati, negotiorum geſtorum, ex vendito, locati, & ſimilibus. Quibus conſtitutis, ſi quæratur, qua actione pecunia numerata peti poſſit: hic de una certi condictione reſpondere non conveniat quæſtioni propoſitæ; & ſi de ea ſola actione intelligatur, falſa ſit definitio. Et res ita habet: ſi quidem propoſitum eſſet hoc loco ſuperius illud definire. Quod ſecus eſt. Definitio enim ſic accipienda eſt, ut inſtituto loquentis conveniat. Agebat autem Ulpianus hoc loco de Triticiaria actione, tractabatque, quibus de rebus ea competeret, ut ſequens oratio tota teſtatur. Hinc quærebatur, an generalis ea actio competeret etiam de pecunia numerata. Negat. Inde ſequens quæſtio, nullane ergo ſimilis, & generalis de ea competeret: ſimilis, inquam, & generalis, quia de generali inſtituebatur ſermo. Reſpondet competere, in eaque re ulum eſſe condictioni certi. Itaque ſic definitio exaudienda eſt, quaſi ita dictum eſſet ſub conditione: ſi quis pecuniam numeratam petat, & velit in eo condictione aliqua generali uti, qualis eſt Triticiaria, de qua agitur: condictione certi utetur, non Triticiaria: non enim hic Triticiaria locum habet.

7 † Atque hæc res eſt, de qua hæc actio non competit. Sed ut dixi, res ſola; cæteræ in ea cauſſa, ut hac actione peti poſſint. Sed an omnes? Et non aliud agit Ulpianus deinceps, neque hoc reliquo capite, neque ſequenti, quam ut doceat omnes peti poſſe, cuiuſcunque generis ſint ſine exceptione, præter pecuniam numeratam. Id quod explicat primum generali definitione de omnibus concepta: deinde enumeratione ſpecierum huius generis, & maxime earum, de quibus maior dubitatio eſſe potuit: ut ſi conſtet eas peti poſſe, nihil ſit dubii, quin & poſſint omnes aliæ, ac proinde ſine exceptione omnes, ut paulo ante definierat. Definitio per ſe patet: *& generaliter*, inquit, *dicendum eſt eas res per hanc actionem peti, ſi quæ ſint præter pecuniam numeratam*. Sic P. Florentinæ. In aliis exemplaribus veteribus legitur apertius, *omnes res peti, quæ ſint præter pecuniam numeratam*. Quo modo legiſſe Accurſium apparet ex gloſſa ad verbum, QUARE, ſed utraque ſcriptura eandem ſententiam habet, omnes peti poſſe: hæc enim oratio, *eas res, ſi quæ ſint*, valet, ſi ullæ ſint, ſeu quæcunque ſint: id autem eſt, omnes. In ſpecierum enumeratione omnes eſt complexus. Res enim aut corporales ſunt, aut incorporales. Corporalium aliæ mobiles, aliæ ſoli. Conditione omnes aut certæ, aut incertæ. Ut intelligi poſſit nullas excipi, has omnes ait in hanc actionem cadere: & nominatim in rebus mobilibus cavet de his, quæ pondere, menſurave conſtant: ut de quibus dubitari poſſet præter cæteras, quia æque quantitate conſtarent, ut pecunia numerata. In rebus incorporalibus numerat non tantum uſumfructum, & prædiorum ſervitutes, quod fit in hac lege; ſed etiam poſſeſſionem, ubi de fundo deiectus eſt is, qui dominus non erat, quod fit in *L.* 2. Nam poſſeſſio etſi re ipſa facti eſt, *L.* 1. §. 1. *infr. de acq. poſſ.* tamen hoc mutuatur ex iure, & hactenus iuris eſt, ut pro re quæ acquiri poteſt, habeatur. *L. poſſeſſio*, 49. *in pr. &* §. 1. *infr. eod. de acq. poſſ.* Nec ex rebus corporalibus excipit rem noſtram: tantum monet, ut petatur ex his cauſſis, ex quibus res noſtra condici poteſt, ideſt, peti actione in perſonam: quoniam actio Triticiaria condictio eſt. Poteſt autem res noſtra condici, ſi mobilis eſt, ex cauſſa furtiva, aut rapina; ſi immobilis, ex hac cauſſa, ſi dominus vi deiectus ſit. Hac *L.* §. *ult. & L. ſeq.* Nec minus incertas hac actione peti poſſe oſtendit exemplo uſusfructus: hic enim incerta res eſt. *L. ubi*, §. *fundi*, *infr. de verb. obl.*

Et

Et hæc de rebus, de quibus hæc actio competit, Ulpiani sententia est. Sed & transitus eius ad hanc sententiam, & fusior huius rei explicatio duplicem dubitationem afferunt: quæ hoc loco attingenda est. Transitus hic est: cum enim dixisset eum qui pecuniam numeratam petit, uti certi condictione: subiicit per adversativam, QUI AUTEM ALIAS RES, PER TRITICIARIAM CONDICTIONEM PETET. Ergo res alias per condictionem certi non petet, dicet aliquis. Hæc enim oratio adversativa est, quæ in rebus subiectis negat, quod priore oratione continebatur. Prius autem dicebatur, de pecunia numerata competere certi condictionem. Proinde nunc in aliis rebus hanc Ulpianus competere negat. Unde quæstio, an quemadmodum de aliis rebus competit condictio Triticiaria, ita competat hæc generalis sola, non etiam certi condictio, qua-
8 tenus res aliæ certæ sunt. † Sed verum est & de aliis rebus certis competere certi condictionem. Declarat & actionis nomen, & *L. certi, supr. si cert. pet.* & ego ibi pluribus ostendi. Id hoc loco non mutat Ulpianus. Negat, fateor, in adversativa oratione, quod prius dixerat. Sed videndum, quid prius senserit. Et cum dixit, eum qui pecuniam numeratam petit, certi condictione uti: verbis quidem tantum dixit de certi condictione; sententia autem dixit, maxime de condictione Triticiaria, ut de qua sermo instituebatur; atque hoc voluit: certi condictione utitur, non autem hac Triticiaria, de qua nunc agimus. Hoc posterius mutat in rebus per adversativam subiectis. Non petitur pecunia numerata condictione Triticiaria, sed condictione certi; at alias res si quis petet, per condictionem Triticiariam petet. Hoc recte: sic tamen, ut si de condictione certi quæratur, nihilominus alias res petere possit & per certi condictionem; sed de ea hic non agitur. Neque hæc adversativa particula prohibet: quoniam ut recte adversativa oratio subiiciatur, satis est, si præcedenti orationi adversetur in parte aliqua, etiam si non in omnibus: & maxime si adversetur in parte præcipua & ea re, de qua potissimum erat sermo
9 ut in proposito. † Hinc iam intelligitur, quid distet Triticiaria a certi condictione: rebus enim quæ petuntur differre initio dixi; alioqui condictioni certi per omnia fere similem: ac de rebus iam intelligimus. Est autem in summa hoc discrimen. In rebus certis plus continet certi condictio; in incertis plus condictio Triticiaria. Rebus certis propositis, de his certi condictio competit, iisque omnibus. Triticiaria de certis quidem, sed excipitur pecunia numerata. In incertis contraria utriusque ratio. Illa enim de incertis nullo modo competit: nec potest, verbo *certi* adversante. At Triticiaria etiam de incertis, & quidem omnibus sine exce-
ptione. † Fusior etiam huius rei explica- 10
tio suam dubitationem habet. Nam cum generali & aperta definitione dixisset per Triticiariam condictionem res omnes peti: quorsum singularum specierum enumeratio, ut id demonstraret? an non supervacuo, cum qui dixit *omnes*, satis dixerit singulas, nec ullas excipi? Augetur dubitatio hoc modo. Aut enim cautum est edicto peti posse omnes, aut non est. Si cautum: quid pluribus verbis opus fuit in re non necessaria? Si cautum non est, sed tantum de uno aliquo genere rerum aut de certis: verum non est omnes res hac actione peti posse: cum certarum rerum expressio, de quibus hæc actio detur, cæteras excludat. Arg. *L. maritus, in fin. C. de proc.* Et esset supervacua hæc omnis explicatio, si aperte scriptum esset in edicto, prætorem hanc actionem de omnibus rebus daturum: præter pecuniam numeratam. Unde colligimus, cum in eo probando immoretur Ulpianus, de eo aperte in edicto cautum non esse. Neque rursum de certis generibus nominatim actionem propositam esse putandum est: sic enim, ut dixi, intelligeretur præter eam de aliis non dare: adversus quod facere non est interpretum iuris, qualis fuit Ulpianus, quales Iurisconsulti omnes veteres. Quid ergo est? Nempe relinquitur tertium, ut statuamus propositam esse actionem, generaliter quidem de omnibus rebus; sed iis verbis, quæ explicationem desiderarent, & ex quibus magis colligeretur hoc ius interpretatione, quam his exprimeretur. Unde evenit, ut diligens eius rei commonefactio necessaria fuerit: tantum abest, ut sit supervacua. Et quamvis Ulpianus definierit primo omnes res hac actione peti posse: tamen cum in eo non ius apertum poneret, sed suam, aut etiam aliorum veterum interpretationem, scivit non temere adhuc dubitari posse ex iure, non sine distinctione rerum id probandum esset. Ideo & de singulis generibus respondit, ne quem locum dubitationi relinqueret. Quæremus igitur, quibus verbis hoc edicto actio de rebus omnibus proponi potuerit, ut tamen aperte id non exprimeretur, & simul excluderetur pecunia nu-
merata. † Et hæc accommodata fuisse 11
reperio, ut ediceret prætor, se de *iis re-*

bus quæ incertam æstimationem habent, actionem daturum. Hæc enim verba *quæ incertam æstimationem habent*, aperte pecuniam numeratam non continent: cum nummorum certa sit æstimatio. *L. 3. sup. de in lit. iur.* Unde statim hoc pro certo sumptum est, pecuniam numeratam hac actione non peti. An cæteræ res omnes his verbis continerentur, dubitari potuit: quia neque verba id exprimunt, & videri possunt magis ad res incertas referri. Et verba sic accepta sunt: ut placeret his contineri res omnes extra pecuniam numeratam. Incertas quidem sine dubio, cuius generis est ususfructus, & possessio; sed nihilominus & certas, ut sunt species corporales tam mobiles, quam soli. Et recte: etsi enim in se certæ sunt, æstimatio tamen earum incerta, ut quæ pro conditione cuiusque rei varietur. Quod si omnes hic continentur, dicendum fuit & actionem ex hoc edicto de omnibus competere, quantumvis quantitate, certitudine, aut aliis conditionibus pecuniæ numeratæ similes videri possent. Et tamen quia hoc ipsum dubium esse poterat propter rerum diversitatem: hinc non contentus Ulpianus definitione generali uti de omnibus, etiam singularum specierum enumeratione subiecta hanc dubitationem sustulit. Ac similibus quibusdam verbis propositam hanc actionem fuisse, quibus pecunia removeretur, etiam Bartolus sensit, & Guillelmus quidam de Cun. quem Bartolus in eo sequitur. Sed verbis usi sunt non ita ad eam rem accommodatis. Ut autem prætor hoc modo proponeret actionem, quo ita pecuniam numeratam exciperet, cæteras autem res omnes complecteretur: fecit, ut ante dixi, non ulla necessitas rerum, aut actionis constitutæ, quæ eum cogeret; sed occasio, & propositum eius ex conditione certi, ut verisimile est, natum. Nam cum certi conditio proposita esset, quam constat esse de rebus tantum certis: consentaneum est, exstitisse aliquem prætorem, qui indignum ratus de incertis deesse similem conditionem, edicto & de his conditionem proponere instituerit. Quod cum facere vellet, per occasionem visum est ei amplius edicto complecti, & proponere conditionem non de incertis rebus, sed de rebus omnibus incertæ æstimationis. Ex quorum verborum interpretatione deinde nata est superior rerum distinctio, de quibus competere aut non competere hæc actio dicitur. Si hæc aperte certa non sunt (nihil enim his præter coniecturam habemus) sunt tamen rei, de qua agitur, & Ulpiani sententiæ atque tractationi adeo consentanea, ut iis recte positis, quæ hic traduntur, videantur illa necessario præcedere debere: quoniam hæc ex illis efficiantur, nec videantur aliunde effici posse, ut constet eius tractationis ratio.

Ad §. Rem autem.

Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis ex quibus potest, veluti ex caussa furtiva, vel [re] mobili vi abrepta.

Ad L. Sed & ei. 2.

Idem lib. 9. ad Sabinum.

Sed & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici, Sabinus scribit, & ita etiam Celsus. Sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat. Cæterum si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait.

S U M M A R I A.

1. *Rem nostram etiam immobilem certis ex caussis actionibus specialibus in personam, & Triticiaria peti posse, & quibus.*
2. *Possessio amissa quando condici possit.*
3. *Rem suam nemo condicere potest nisi furi, quomodo accipiendum.*

Dixit res omnes præter pecuniam numeratam, conditione Triticiaria peti posse. His verbis consequens erat etiam peti posse rem nostram. Num ergo & hæc peti potest? Et vere hoc consequens est; sed monet hoc ita esse, dum petatur hac actione, ut conditione, idest, actione in personam, qualis est hæc actio. Omnis enim conditio est actio in personam. *L. actionum, infr. de obl. & act.* unde quando

do condici, ideſt, actione in perſonam
peti poſſit, oſtendit, docetque aliter eam
hac actione peti non poſſe. † Sic autem
1 definit: Ex quibus cauſſis res noſtra peti
poteſt, ex iiſdem cauſſis & per hanc a-
ctionem peti poteſt. Hoc ſic accipe: ex
quibus cauſſis peti poteſt, non actione in
rem, de qua nunc non agitur; ſed actio-
ne in perſonam, de qua ſermo eſt, & ea
actione quæ ſit alia, quam Triticiaria,
quoniam nunc de ea ambigitur: ut ſit
ſenſus: Ex quibus cauſſis res noſtra peti
poteſt propria & ſpeciali actione in per-
ſonam: ex iiſdem, & Triticiaria actione
peti poterit. Recte: hæc enim condictio
concurrens, ut generalis, cum aliis ſpe-
cialibus condictionibus ex iiſdem cauſſis
naſcatur, neceſſe eſt. Quibus ergo ex
cauſſis ſpeciali actione in perſonam peti
poteſt res noſtra? Et hoc explicat: nem-
pe duabus: In re quidem mobili, ſi fur-
to ſublata, aut vi erepta ſit; in re autem
ſoli, ſi de poſſeſſione rei vi deiecti ſimus.
Ex priore cauſſa conſtituta eſt ſpecialis
actio in perſonam, condictio furtiva: *§.
ult. Inſt. de ob. quæ ex del. naſ. L. ſi
pro fure, §. 1. ſupr. de cond. fur.* nam
& de re vi erepta hæc actio competit.
*L. ſicut, §. ei qui, ſupr. de cond. fur.
L. 2. §. pen & ult. infr. vi bonor. ra-
ptor.* Ex poſteriore interdictum, unde vi
olim; *L. 1. infr. unde vi*, nunc actio
utilis in perſonam ad exemplum interdi-
cti. *L. ult. C. de interd. §. ult. Inſtit.
eod.* Ex iiſdem cauſſis & condictione Tri-
2 ticiaria de re noſtra uti licebit. † Hoc in
re immobili intereſſe ſignificat inter inter-
dictum, ſeu actionem, qua loco interdicti
agitur, & condictionem: quod omnis qui
deiectus eſt, interdicto, ſeu actione ex
cauſſa interdicti ad rem, vel poſſeſſionem
recuperandam uti poteſt, ſive ſit dominus
rei poſſeſſæ, ſive non ſit, idem in *L. 1.
in pr. & §. deiicitur, L. colonus, infr.
unde vi*. At condicere rem ipſam a qua
quis deiectus eſt, nemo poteſt, niſi rei
dominus. Qui dominus non fuit, condi-
ctione quidem uti poterit; ſed ita, ut poſ-
ſeſſionem amiſſam condicat, non rem
quam poſſedit. Quippe in hoc genere re-
rum ablatarum ita ius eſt, ut condictio
rei ablatæ ſoli ei detur, cuius res fuit,
quam condicit. Indicio eſt in rebus mo-
bilibus condictio furtiva, quæ non alii
quam domino competit. *L. 1. ſupr. de
cond. fur.* Cæterum quibus ex cauſſis do-
minus rem ſuam condiceret, ex iiſdem o-
mnibus qui dominus non eſt, amiſſam rei
alienæ poſſeſſionem recte condicet: ut ſi
nummi alieni indebiti ſoluti ſint, condictio
competit, vel ut poſſeſſio reddatur. *L.
indebiti, §. 1. ſupr. de cond. ind.* Hoc
diſcrimen eſt, quod præcipue notatur in
L. 2. hic. Sed ut ex his cauſſis poteſt
quis petere rem ſuam per hanc actionem:
ita ex aliis nemo petet, inquit Ulpianus:
nempe, quia extra has cauſſas non poteſt
res noſtra peti, niſi ut noſtra: quo modo
non petitur, niſi actione in rem. *L. a-
ctionum, infr. de obl. & act. L. in rem,
ſupr. de rei vind.* actio autem in rem
non eſt condictio, ſed toto genere diſtat
a condictione. *d. l. actionum, de ob. &
act.* An non ergo falſum eſt, quod prius
generaliter dixerat, res omnes hac actio-
ne peti poſſe? Minime: nam & res no-
ſtra omnis & ſemper hac actione peti po-
teſt; ſed ita, dum meminerimus, ut ante
ſum præfatus, loqui nos de ea actione,
quæ ſit condictio, ideſt, actio in perſo-
nam. Huius generis actio de re noſtra non
naſcitur, niſi ex ſuperioribus cauſſis. † 3
Locus notandus de cauſſis, ex quibus res
noſtra condici poteſt: non ob id tantum,
quod nuſquam de his ex profeſſo ita tra-
ditum legimus; ſed ob hoc maxime, quod
alibi idem Ulpianus ſcribit, proditum eſſe,
neminem rem ſuam niſi furi condicere
poſſe. *L. ult. ſupr. uſuf. quem. ca.* Quod
ſi generaliter accipitur, ut verba præ ſe
ferunt: neceſſe eſt ita accipi, ut qui de
fundo deiectus eſt, is eum fundum con-
dicere non poſſit. Rei enim immobilis
furtum non eſt, eoque nec fur, qui eam
vi poſſidet. *§. quod autem, Inſt. de uſuc.*
Hic autem docemur, etiam ei qui fundum
noſtrum nobis deiectis vi poſſidet, poſſe
eum fundum condici. Neque ideo ſupe-
rius illud eiuſdem auctoris contrarium pu-
tandum eſt; ſed ex hoc loco ſumendum,
quomodo illud interpretemur. Agebatur
in *d. L. ult. uſuf. quem cav.* de vaſis,
quorum uſusfructus legatus eſt. Ait Ul-
pianus *ea fructuario tradita fructuarii
non fieri, eoque vindicari a proprietario
poſſe*. Subiicit, *videndum eſſe de condi-
ctione, an poſſit locum habere*. In quo
palam eſt quæſtionem poni de rei mobilis
condictione. Reſpondet: *& proditum eſt,
neminem rem ſuam*, niſi furi condicere
poſſe. Poterant hæc verba, *rem ſuam*,
generaliter accipi; ſed poſſunt & hoc mo-
do, ut reſponſio ad quæſtionem de re mo-
bili poſitam referatur: ſitque hic ſenſus,
neminem niſi furi poſſe condicere rem
ſuam, nempe talem, de qua quæritur, id-
eſt, mobilem. Nam immobiles etiam aliis
quam furibus condicere poſſumus. Id ve-
ro ita faciendum eſſe hoc loco admone-
mur.

Ad L. In hac actione. 3.

Idem lib. 27. ad Edictum.

In hac actione si quæratur, res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat: verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει
q. d. latius *secundum Celsum erit spectandum. Non enim debet novissimum vitæ tempus æstimari, ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur, in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus libro vicesimo scribit, habendam æstimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.*

SUMMARIA.

1. *Species & summa responsi.*
2. *Triticiariam sic hoc loco intelligi, ut in omni actione sit locus huic responso.*
3. *In re tantum certa huic responso locum esse.*
4. *Re aliqua petita aut debita, quando in æstimationem eius fiat condemnatio.*
5. *Condemnationis tempus in re æstimanda quando spectandum, & cur.*
6. *Mortis tempus quando spectandum, & cur.*
7. *Mortis tempus quomodo intelligendum.*
8. & 11. *Ad moræ tempus quando redigenda æstimatio: & hoc quid sit. &* n. 11.
9. *Præsentem æstimationem considerandam, quid sit in* L. fundum, D. de novat.
10. *Post moram rem certum æstimari, quanti plurimi ex illo fuit.*
12. L. ult. de cond. trit. *explicatur.*
13. *Rei certæ, & incertæ æstimatio ad alia atque alia tempora refertur.*
14. *In iudiciis bonæ fidei, ubi de rei certæ vera æstimatione agatur, non tempus rei iudicandæ spectari, sed tempus moræ, quo res plurimi fuit.*
15. *In strictis & tempus moræ spectari, non litis contestatæ.*
16. §. in hac, L. 3 commod. *prior pars de bonæ fidei iudiciis explicatur.*
17. *Rei iudicandæ tempus, quanti res sit, in bonæ fidei iudiciis observatur, cum æstimatur res iureiurando in litem, non cum de vera æstimatione agitur, & differentiæ ratio.*
18. §. in hac. L. 3. commod. *posterior pars de strictis iudiciis explicatur.*
19. §. in hac, L. 3. commod. *summa sententia, ex qua appareat eum locum non pugnare cum* L. 3. de cond. trit.
20. L. hominem, mand. *summa apta ad conciliationem.*
21. L. hominem, *prior pars explicata, & ut nihil adversetur* L. 3. de cond. trit. *aut* L. 3. §. in hac, commod. L. vinum, si cer. pet.
22. *Fideiussori hominem promissum non solventi non homo solutus debetur, sed eius æstimatio.*
23. *Æstimatio in obligatione sit, an pro re debita ipsa præstetur, quid referat ad eam ex hoc aut illo tempore spectandam.*
24. *Æstimatio rei quocunque iudicio in obligatione sit, debetur, & si res cuius illa æstimatio est, perierit, nec crescit quamvis res melior facta sit.*
25. L. hominem, *posterior pars exposita, & ut nihil adversetur* L. 3. de cond. trit. *ac differentiæ ratio.*
26. *Notati interpretes posterius membrum.* L. hominem, *ad totam partem priorem referentes.*
27. *Deteriorem rem dando liberatur is, cuius culpa deterior facta non est, nec post eius moram; & de locis contrariis.*
28. *Deteriorem rem dando liberatur, qui talem scienti & ultro accipienti dedit; & de locis contrariis.*
29. *Deteriorem rem dando liberatur omnimodo, qui ex stipulatu debitam, sine dolo malo suo deteriorem dedit.*
30. L. exhibitionis, C. ad exhib. *explicata, &* num. 35.
31. *Deteriorem rem dando quando liberetur, aut non liberetur debitor, definitio generalis.*
32. *Deteriorem rem dando qui non liberatur in bonæ fidei iudiciis, ipso iure non liberatur: idem in actione ex testamento.*
33. *In strictis iudiciis re deteriore data, tollitur vetus actio, de dolo datur, & cur aliter atque in bonæ fidei iudiciis.*
34. *Deterior res & eadem esse quæ prius, & alia diversis rationibus dici potest.*
35. *In Ad exhibendum actione re deteriore dolo aut culpa exhibita, tollitur actio ad exhibendum directa; datur in factum, idest, utilis ad exhibendum, unde hæc actio, & cur hic potius, quam in actione stricti iuris.*
36. *In factum actio, & utilis, quid.*
37. *Quam ad rem teneatur, qui deteriore re reddita non liberatur.*

1 STICHUS mihi promissus, aut legatus erat, aut ex aliqua alia iusta caussa mihi debebatur. Cum propria actione, quæ ex his caussis nascitur, eum petere possem, malui

malui generali conditione experiri, non certi, sed Triticiaria, quæ & cum condictione certi, & cum illis specialibus iure tribuitur. Itaque ex iisdem caussis petens Triticiariam intendi. Cum res eo processisset, ut reus damnari deberet, æquitas autem rei ita ferret, ut damnandus esset non in corpus ipsum, sed in rei æstimationem, quod sæpe accidit; ideo de æstimatione quæsitum est: non quanta sit: quod non iure, sed hominum peritorum æstimatione constituitur; sed ex quo tempore sit spectanda: itidem ut in vino & aliis mercibus quæritur in *L. ult. seq.* & *L. vinum, supr. si cert. pet.* De quo inter omnes non convenit: ac quod tempus potissimum sequamur, permultum interest, cum non omnibus temporibus eadem esse soleat æstimatio. Respondet Ulpianus ad hanc distinctionem: referre, utrum species quæ petita est, deterior facta non sit post moram, sed dum stetit, eodem statu, eademque æstimatione manserit; an vero contra facta sit deterior. Si deterior non fuit. Si quidem adhuc exstat tempore rei iudicandæ, id tempus spectandum, & ut loquitur, spectandum tempus condemnationis. Si ante mortua est, spectandum tempus mortis. Quod si post moram res deterior facta sit: tum sive tempore condemnationis exstet, sive ante decesserit, redigendam æstimationem ad id tempus, quo primum deterior esse cœpit, ut id sumatur quo fuit plurimi. Cuius distinctionis summa hoc redit: ut semper species petita, si æstimanda est, tanti æstimanda sit, quanti plurimi fuit post moram. Nam & tempore condemnationis, & tempore mortis plurimi eam fuisse necesse est, si ante deterior non fuit. Nunc partes singulas responsi diligentius expendemus.

2 † Ait, in hac actione: nempe condictione Triticiaria, de qua hoc titulo agitur, & de qua Ulpianus disserebat. *Lib. 27. ad edictum*, ut indicat inscriptio *L. 1. hic*, ex quo libro est & hoc responsum. An ergo hic aliquid proprium huius actionis? Nihil: ut proinde non sit laborandum, quam hic actionem intelligamus, utrum ex testamento, an ex stipulatu, an Triticiariam: ac ne illud quidem, utrum actio sit stricti iuris, ut superiores, an bonæ fidei, ut commodati, aut depositi. In omnibus eadem definitio tenenda est, in specie petita eadem tempora spectari, quæ hoc loco, & iisdem conditionibus, cum de æstimatione rei quæritur: quia in omnibus eadem æquitas est, quæ facit, ne cui frustratio sua sit impunita. *L. hominem, infr. mand. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Quod ergo dixit, in hac actione, aut exempli caussa dixit, ut in omnibus aliis in eadem caussa idem intelligeremus: aut dixit, ut significaret etiam in hac actione, cum posset dubitari, an quod in specialibus actionibus iuris est de æstimatione rei petitæ, idem esset & in hac generali.

Ait, si quæratur, res quæ petita est.] † Generaliter hoc de re omni 3 quæsitum est, non magis ut pertineat ad rem certam, quam ad eas, quæ pondere, aut mensura constant, quæve alioqui in genere debentur. Sed responsum declarat, Ulpianum verbo de rebus omnibus quæsisse; re autem de specie & re certa petita sensisse. Certe utcunque accipiatur quæstio: ipsum responsum ad speciem & rem certam totum relatum est, nec potest alii convenire. Loquitur enim de re quæ in rebus humanis esse desiit: quæ mortua est: quæ facta est deterior. Quæ in rem certam cadunt omnia; in incertam, idest, in genus non cadunt. Id enim neque perire potest, neque deterius fieri. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Fal.* Hoc eo monemus, ne mirum sit, Ulpianum hoc loco dicere alia tempora esse spectanda, quam quæ in vino petito æstimando, & similibus mercibus, quæ in genere debentur spectanda esse dicuntur in *L. ult. infr.* & *L. vinum, supr. si cert. pet.* Respondetur enim hic de re certa; in illis locis de genere agitur. Aliam æstimationem species debita, aliam genus postulat, ut in singulis partibus responsi intelligetur, & iam ante docuimus ad *d. L. vinum, supr. si cert. pet.*

Ait, si quæratur, res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat.] † Non recte vero 4 hoc quæritur; dicat quispiam. Cum enim res petita sit, ut proponitur; in rem ipsam condemnationem fieri oportuit, non in rei æstimationem. *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus, supr. com. di.* Stulte autem quæritur, cuius temporis æstimatio spectanda sit, si æstimatio omnino præstanda non est. Respondeo idem, quod in *L. vinum, supr. si cert. pet.* semper in rem petitam condemnationem fieri oportere, nisi necesse sit fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Quod in specie petita tribus de caussis accidit: vel quia debitor rem quamvis exstantem in potestate non habeat; *L. si domus, 71. §. qui confitetur, infr. de legat. 1.* vel quia res ipsa non exstet: *L. in re, supr. de cond. fur.* Vel quia exstet

exstet quidem & apud eum, sed deterior facta post moram. *d. L. in re*, §. 1. *supr. de cond. fur.* Et ad hos casus responsum Ulpiani accommodatum est, ac de singulis isto ipso ordine respondet.

AIT IGITUR, VERIUS EST, QUOD SERVIUS AIT, CONDEMNATIONIS TEMPUS
5 SPECTANDUM. † Hoc etsi simpliciter nunc dicit Ulpianus: tamen ex sequentibus sic vult intelligi, si res petita eo tempore exstabit, nec ante deterior facta erit. Subiicit enim per adversativam: *si desierit esse in rebus humanis, mortis tempus spectandum:* & in utroque, si post moram deterior facta sit, ad tempus moræ redigendam æstimationem: ut intelligamus non aliter spectandum tempus condemnationis, quod nunc dicit, quam si hæc duo posteriora contra evenerint. Aliter interpretantibus non solum sententia per se falsa erit, sed etiam cum aliis partibus responsi aperte pugnabit. Sed videamus, ne dum hanc partem cum sequentibus conciliare volumus, in aliam reprehensionem ex aliis locis incidat, dum re exstante nec deteriore facta tempore condemnationis, eius temporis æstimationem spectandam dicimus. Quid enim, re ita constituta, an non condemnatio in rem petitam esse debet, non in rei æstimationem? ex *L. ult. C. de fid. lib.* & *L. ut fundus, supr. com. divid.* Non semper. Fieri enim potest, ut res quamvis in rebus humanis integra, tamen a debitore præstari non possit, aut non debeat. Finge debitorem rem promisisse, cuius dominus erat, alienasse, quam nunc novus dominus non vendat. Frustra damnetur debitor in rem ipsam, cuius præstatio non sit in eius potestate. arg. *L. in re, in pr. supr. de cond. fur.* Finge etiam rem alienam ita legatam, ut heres eam redimat, & præstet: tamen si dominus non solum non vendat, sed etiam immodico vendat: placet heredem audiendum, si iustam æstimationem officio iudicis præstet. *L. si domus, 71. §. qui confitetur, infr. de legat. 1. L. non dubium, 14 ult. infr. de legat. 3.* Quibus casibus, & similibus locus fiet sententiæ huius loci, ut si quæratur in hac caussa, cuius temporis æstimatio spectetur, recte respondeatur, condemnationis tempus esse spectandum. Sed cur hoc potius, quam præcedentia? quia ut maxime debitor in re præstanda prius moram fecerit: tamen si res ante condemnationem deterior non fuit, necesse est tum fuerit plurimi, & maxime si eo tempore fuerit melior, quam præcedentibus temporibus: ut non necesse sit alia tempora requirere, cum præsens res tantidem fuerit. Quod si res perpetuo aliena fuit, puta aliena legata, quam heres redimere non potuit: hic propria ratione in re æstimanda præsens tempus condemnationis spectandum erit, non præcedentia: quia qualiscunque prius fuerit rei æstimatio, præcedentium temporum periculum ad hæredem non pertinet: ut qui in re præstanda, quam in potestate non habuit, moram non fecerit. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati infr. de ver. ob.* Sed videtur hic dici debuisse, quod aliis multis locis de actionibus stricti iuris traditur, spectandum esse tempus litis contestatæ: nam & hæc actio stricti iudicii est. Et cum hæc obiectio non magis hanc partem petat, quam reliquas duas quæ sequuntur: de eo in extremo commodius dicemus, ut una opera semel dicatur, quod ad omnes distinctionis propositæ partes pertineat.

AIT, SI VERO IN REBUS HUMANIS
ESSE DESIERIT, MORTIS TEMPUS.] † 6
Hoc dicit, si res perierit, tanti eam æstimandam, quanti fuerit tempore mortis: nempe ut reus eam æstimationem præstet, in eamque a iudice condemnetur. At cur eo interitu non dicit potius reum liberari: cum ita ius sit, ut interitu eius quod debetur, liberetur debitor, si prius moram non fecerit? *L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* Quia toto hoc responso agitur de eo reo, qui moram fecit: quæstio enim posita est de re hac actione, idest, iudicio petita. Is moram facit, qui interpellatus opportuno loco & tempore, rem non præstat, & præsertim si etiam iudicio secum agi passus est. *L. mora, infr. de usur. L. nemo rem, §. 1. infr. de verb. obl.* Non obstat, quod in extremo ita scribit: *in utroque autem si post moram deterior res facta sit.* Etsi enim his verbis aperte distinguitur ea pars ab hoc membro, & superiore: non tamen distinctio in eo est, quod in his duobus prioribus membris mora a debitore facta non sit, in postremo autem facta sit; sed quod hactenus de ea re agatur, quæ ad tempus condemnationis deterior facta non sit post moram, ad extremum autem de ea, quæ post moram facta sit deterior. Ergo & quod hic simpliciter dicitur, *si res desierit esse in rebus humanis, spectandum tempus mortis*, ex sequentibus illis verbis cum hac conditione accipiendum est: si ante mortem res deterior non fuerit. Hac vero conditione recte statuitur tempus mortis spectari debere. Nam insequen-

quentia tempora ideo spectanda non sunt ad rem æstimandam, quia nec possunt. Res enim illis temporibus nulla est, ut quæ ante esse desierit. Eius autem rei quæ non est, nulla potest esse æstimatio. Præcedentia ideo non spectamus, quia si per ea tempora res non fuit deterior, necesse est eam fuisse plurimi tempore mortis. Id autem volumus præstari, quanti
7 plurimi res fuit post moram. † Sed vult tempus mortis secundum Celsum spectandum esse, ut loquitur, ὁ πλάτει: idest, ut interpretatur, non ita, ut novissimum vitæ tempus æstimetur, quod valet, ut extremum illud momentum, quo res moritur, spectemus; sed ut mortem accipiamus cum aliquo spatio, & ut verbum significat, *latius*: nempe ut mortis tempus interpretemur illud tempus, ex quo res aut in morbum letalem incidit, aut mortifere vulnerata est. Et rationem reddit: ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur. Hoc sentit: si mortem strictius interpretamur momentum illud, quo servus, exempli gratia, debitus exspiravit, ut ex eo res æstimetur, fit actori summa iniuria. Sic enim nec rem consequitur, quæ esse desiit; nec æstimationem, cum mortifere vulnerati exiguum sit, aut potius nullum pretium. Porro iniuria fieri non debet; nec mora debitoris adversario, sed ipsi nocere. *L. in condemnatione*, *§. unicuique*. *L. factum*, *infr. de reg. iur.* Restat igitur, ut in hoc tempore mortis id momentum spectemus, quo res postremum plurimi fuit. Id autem est, quo servus aut incidit in morbum, aut vulnus accepit, unde postea sublatus est.

Ait, in utroque autem.] Bene hoc, *in utroque*, sic Hugolinus in glossa accepit, sive res exstabit, sive in rebus humanis esse desierit: hos enim casus prius attigerat: quorum in priore tempus condemnationis, in altero tempus mortis spectandum esse dixerat. *In utroque autem*, inquit, *si res post moram deterior facta sit*, aliud tempus spectabimus, quam superiora, nimirum id *ex quo res deterior facta est*. Quod cum per adversativam subiicit, declarat, ut ante dixi, quæ de tempore condemnationis & mortis spectando prius dixerat, ea se sic interpretari, & ita accipi velle: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non erit. Est igitur hic sensus: quod diximus in re ex certo tempore æstimanda tempus condemnationis spectandum, ubi res adhuc exstat; cum autem in rebus humanis esse desiit, spectandum tempus mortis: utrumque sic accipiendum est: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non sit post moram. Quod si ante fuit deterior post moram: in utroque contra eveniet, ut habenda sit æstimatio, quanto deterior res facta est: idest, spectandum, quanti fuerit, antequam deterior facta est, ut id præstetur: & ideo quanti unquam plurimi fuerit, spectandum. Tanti autem rem æstimandam, quanti fuit prius quam deterior facta est, argumento esse vult, quod subiicit. *Et ideo*, inquit, *si quis post moram servum eluscatum dederit*, *non liberatur*. Hæc sententia in confesso erat, non liberari eum, qui rem debitam deteriorem factam post moram præstat, ideo probatione non indiget; sed ad alia probanda recte adhibetur, de qua postea separatim exstat in his locis *L. 3. §. 1. infr. commod. L. huiusmodi.* 84 *§. ædes. infr. de legat. 1. L. Mævius. 66. §. in fundo, infr. de legat. 2. L. qui sibi*, 33. *§. 1. de sol. L. in re*, *§. 1. sup. de cond. fur.* Ex ea autem sententia sic recte colligitur. Debitor servum deteriorem post moram factum dando non liberatur. Ergo aut non deteriorem præstare debet; aut si id non potest, ad liberationem hoc superest, ut præstet non deterioris æstimationem. Pro re enim quæ debetur, præstanda est æstimatio, ubi corpus ipsum non exstat, quod præstari possit. *L. in re*, *in pr. supr. de cond. fur.* Prius autem præstari non potest, re deteriore facta: proinde præstandum, eoque & æstimandum posterius. † Atque hinc 8
generaliter ita definit: *quare in his ad tempus moræ erit reducenda æstimatio.* In his, idest, in utroque casu superiore, ut prius locutus erat, cum scilicet aut res exstat tempore rei iudicatæ, aut ante mortua est; sed ante condemnationem, aut ante mortem facta est deterior. In his, inquam, æstimatio rei ad tempus moræ reducetur: idest, non iam spectabimus condemnationis, aut mortis tempus, ut supra cum res deterior facta non est; sed id tempus totum quo mora facta est: scilicet ut quanti ex eo tempore res plurimi fuit, tanti æstimetur, cum de æstimatione rei quæretur. Recte hæc, si contigerunt post moram, seu culpam debitoris. Nam si sine culpa eius res promissa deterior aut melior facta sit, & ita ventum erit ad rem iudicandam, *præsens æstimatio re petita considerabitur*, inquit Papinianus in *L. fundum*, *infr. de novat.*
† Præsens, idest, ea quæ est tempore con- 9
demnationis, non ut vulgo interpretantur, litis contestatæ. Ea enim præsens æstimatio recte dicitur, quæ est tunc, cum de re

re æstimanda tractatur. Id autem tempus est condemnationis seu rei iudicandæ. Et merito: cum sine culpa ad rem iudicandam ventum est, eius temporis æstimatio spectatur, non litis contestatæ, etiam si post litem contestatam res deterior, aut melior facta sit: quia si melior est, talis debetur, ut aut talis præstanda sit, aut præstanda eius æstimatio; si est deterior, non debet æstimari, quanti prius fuit, quia quod sine culpa debitoris contigit, id ipse non præstat, sed detrimentum est creditoris. *L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. contractus, in fin. infr. de reg. iur. L. quod te, supr. si cer. pet.* Quod si proponamus culpam non fuisse in promissore usque ad litem contestatam, postea autem moram ab eo factam esse, & per id tempus rem deteriorem aut meliorem factam: redibimus omnino ad distinctionem huius loci: neque rei natura aut sententia Papiniani aliud pati potest, ut in re quidem meliore facta spectemus tempus condemnationis, quia tunc fuit plurimi; in deteriore autem non aliud spectetur, quam quo deterior facta est, quia &
10 tunc fuit plurimi. † Spectabimus igitur, quanti plurimi res fuit post moram, sive res exstabit, sive non exstabit; postquam id æstimatur, quanto postea res deterior facta est. Neque hæc sententia nova est, aut huius tantum loci, sed vetus, & ab eodem Ulpiano expressa in *L. re, §. 1. supr. de* cond. fur. *Si ex caussa furtiva*, inquit, *res condicatur, cuius temporis æstimatio fiat, quæritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.* Hoc ille. An quod adversus furem agitur? sane quia adversus furem: non tamen quia fur est, sed quia moram facit. Subiicit enim: *semper enim moram fur facere videtur.* Ac regula veterum de culpa sic concepta est: ut totam superiorem sententiam & de re perempta, & de deteriore facta æstimanda complecteretur. Constitutio veterum hæc est, culpam (cuius species est mora) perpetuare obligationem. *L. si servum, § sequitur, infr. de verb oblig.* Id valet: qualis quæque obligatio aliquando fuerit, mora a debitore facta, talem & deinceps perpetuo futuram: scilicet, ut si quando res debita post moram fuit optimo statu, talis & postea, quandocunque agetur; præstari debeat. Itaque etsi melior facta sit postea, deinde perierit, aut deterior facta sit: detrimentum erit debitoris: ut quoniam iam amplius rem præstare talem non potest, qualis ante fuit, præstet æstimationem eius temporis. De re perempta sunt noti loci. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, L. nemo, §. 1. infr. de ver. ob.* De re etiam deteriore facta est hic locus: quem ita accipiemus, ut idem iuris sit, quamvis res primo melior facta sit, deinde deterior. *L. pen. infr. rer. am.* Cui sententiæ locum esse & in strictis iudiciis etiam ex hoc loco discemus. Est enim condictio Triticiaria actio stricti iuris, ut initio diximus. Quod ne quis in hac actione propter locos in speciem repugnantes admittere refugiat: consideret eandem sententiam, quæ hoc loco, exprimi illa regula veterum, culpa perpetuat obligationem. Quam tamen regulam in stipulatione, id est, in caussa maxime stricti iudicii potissimum usurpari, & a Paulo explicari constat in *d. L. si servum, §. sequitur, infr de ver. ob.*

Atque hæc huius loci sententia est: quæ an habeat aliquid prioribus repugnans, aut aliis locis contrarium, videamus. Utrumque enim videri solet, ac posterius ita, ut nihil magis, quæ res hoc responsum valde perplexum & pene inexplicabile reddidit. Ac de prioribus membris, puto intelligi ex iis, quæ ante diximus, nihil hic statui prioribus repugnans, aut in illis etiam mutari. Hic ait, spectandum tempus, quo res post moram deterior facta est; prius autem dixerat spectandum tempus condemnationis, aut mortis, & quidem mora iam facta. Recte omnia: quia dicuntur dissimilibus in caussis, quarum ratio hanc distinctionem exigit. Priora enim intelligi vult hac conditione, si ante condemnationem aut mortem deterior res facta non est post moram. Posterius hoc casu se dicere exprimit, cum res post moram deterior facta est. Et constat huic distinctioni sua ratio. Neque enim alia tempora, quam condemnationis & mortis spectare licet post moram, ubi actoris nihil interest priora spectari: nec vero quidquam interest, ubi per omnia tempora res mansit integra. Illic solum interest, ubi ante res facta est deterior: quia nisi creditor consequatur, quanti tunc res fuit, non consequatur rem qualis aliquando fuit post moram: qualem tamen illi præstari æquum est, & ius exigit, quia mora perpetuam fecit priorem obligationem. † 11
At saltem videbitur repugnare prioribus, quod dicitur in extremo, ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. Id enim significari videtur, ad quodvis tempus moræ esse reducendam: cum tamen prius dixerit reducendam esse ad tempus condemnationis, aut mortis, non ad præcedentia, quamvis non minus & his tempori-

pori-

poribus mora facta sit. Et contraria haec essent, si his verbis, *ad tempus morae reducenda erit aestimatio*, hoc diceretur, reducendam esse aestimationem ad quodvis tempus morae. Pugnant enim quodvis spectari posse, & unum dumtaxat certum spectandum esse. Sed quod hic dicitur ad tempus morae reducendam aestimationem, etiam ad certum tempus morae referendum est, & ex prioribus omnino sic intelligendum: ad tempus morae reducendam aestimationem non simpliciter, sed ut spectetur illud certum, quo unquam plurimi per id tempus res fuit: seu quod idem valet, ut spectetur, quanti res fuerit tunc, cum primum deterior facta est. Prius enim dixerat, *post moram habendam esse aestimationem, quanto deterior res facta sit*. Male hinc colligit, ad tempus morae in his reducendam aestimationem: nisi ad ea quae praecesserant conclusio refertur, & intra terminos eorum quae sumpta sunt, includitur. Et sane absurdum esset dici, ad tempus morae redigendam esse aestimationem, ut quaevis tempora spectanda esse aut spectari posse intelligeremus, cum possit post moram res deterior fieri: unde & illud evenire necesse sit, ut res aliis temporibus pluris sit, aliis minoris. Quae plane omnia simul sumi non posse certum est. Sic fit, ut quemadmodum prius certa tempora morae spectanda esse Ulpianus dixit: sic consentanee & in hac parte dicat, certum spectandum. Diversa quidem illa pro facti circumstantiis: omnia tamen ad unam regulam aequitatis congruentia, ne mora debitoris creditori noceat, iuxta regulam iuris. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* cui convenit, ut quanticunque res post moram fuit, tantum creditori praestari debeat. Ex quo & superiora tempora spectanda dicimus. Nam si ante condemnationem aut mortem nunquam res deterior facta est: fuit illis temporibus plurimi. Si deterior facta est: tum fuit plurimi, cum coepit fieri deterior. Fuit quidem tantidem & praecedentibus temporibus, quibus fuit integra. Sed ideo novissima illa potius notantur, quia, ut iam dixi, supervacuum est alia tempora remota quaerere, & in eo laborare: cum ex praesentibus, aut certe novissimis & proximis & magis notis res aestimari ac decidi nullo negotio potuerit. Bene ergo hoc membrum cohaeret cum prioribus, omniaque ut sua ratione defenduntur: ita & suam vim singula obtinent, nusquam posteriora a prioribus, aut priora a posterioribus immutata. Ex quo illa distinctio totius responsi, quam initio posuimus.

Sed non item convenit huic loco cum aliis. Quinimo sententiae & toti distinctioni superiori sententia plane contraria aliis locis compluribus statui videtur. Quaecunque enim tempora hic spectari placet, hoc efficitur in summa, tempus litis contestatae non esse spectandum: quia placeat spectari tempus condemnationis, aut mortis, aut quo res ante deterior facta est, sive id ante litem contestatam contigerit, sive postea. At contra alibi traditum est, in eamque sententiam non unus aliquis locus, quem huic opponamus, sed complures, & hi, ut videtur, diserte scripti consentiunt: si quaeratur, res petita cuius temporis aestimationem recipiat, spectandum tempus litis contestatae in strictis iudiciis. Hi autem loci praecipue sunt quatuor. *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hoc tit. L.* 3. § *in hac, infr. commod. L. hominem, infr. mand.* Quorum in prioribus duobus respondetur hoc aperte in vino, oleo, frumento, & similibus mercibus vel condictione certi ex caussa mutui, vel condictione Triticiaria petitis. In posterioribus duobus accedit hoc etiam ad certitudinem superioris sententiae, quod sine distinctione rei petitae generaliter definitur in strictis iudiciis, ut stipulatione, tempus litis contestatae, seu quo agitur, spectari. Non ergo plura tempora pro circumstantiis facti spectanda, ut supra, sed unum: neque unum aliquod ex superioribus, sed litis contestatae. Quo tempore constituto, simul & alia tolluntur: cum fieri non possit, ut si diversorum temporum diversa ratio est, qui unius temporis aestimationem sequetur, is sequatur aestimationem alterius. Ad quae conciliand si quid certi attulerimus, operae pretium facimus. Est enim res per se cognitu necessaria: scopulus autem non dissimilis illi alteri: *L. vinum, si cer. pet.* ad quem pervadere cupientes plerique omnes iudicio multorum & meo navem fregerunt. Ego id afferam, quod verum esse, reique ac locis maxime convenire mihi persuasi, nec dubitem ut tale omnibus intelligentibus & aequis iudicibus probari posse. Quod ut possit intelligi, praecidatur initio, quid hic, & qua de re dicatur. Meminerimus igitur, quod supra monui, dici quidem hoc loco, tempus morae esse spectandum, non litis contestatae; sed dici de re certa petita, quae & mori, & vulnerari, & deterior fieri possit; neque id solum, sed dici tum tempus id morae esse spectandum, cum quaeritur cuius temporis aestimationem res recipiat: quo scilicet ex eo tempore aestimetur; quanto res deterior facta sit. In hoc genere re-

rum petitarum, atque hac quæstione de re æstimanda, dicimus tam recte statui ad tempus moræ, non litis contestatæ redigendam esse æstimationem, ut nihil sit neque verius, neque magis perpetuum. Et quoniam de aliis locis quæritur, aio non mutari hanc sententiam locis superioribus, quantumvis in speciem pugnantibus: quia in aliis dicitur quidem ex tempore litis contestatæ rem petitam æstimandam, sed hoc rebus incertis, & quæ in genere debentur, petitis; in aliis autem, etsi dicitur, in re certa debita spectari tempus litis contestatæ, non tamen dicitur ad hoc spectari, ut res ex eo tempore æstimetur, ut hoc loco; sed ut sciatur tantum, an de re agi possit. Quorum neutrum pugnat cum sententia superiore, quam huius loci esse convenit. Id iam ita esse ostendamus. Et ex illis prioribus quatuor obiectis locis, duo sunt, in quibus de re incerta, & in genere debita æstimanda agitur, & in ea statuitur rei æstimandæ tempus litis contestatæ, nempe *L. vinum, supr. si cer. pet.* & *L. ult. seq. hoc. tit.* De *L. vinum*, non dubitatur: quandoquidem in ea nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem con-
12 stat. *L. 2. in pr. supr. si cert. pet.* † Sed nec magis de *L. ult. infr.* licet dubitare. Illic enim primo quidem de merce petita ponitur generaliter quæstio; sed quam mercem Caius intelligat, explicat postea exemplis: *si merx aliqua*, inquit, *petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum*. De vino igitur, oleo, frumento, similiter illic agitur: quæ res itidem mensura constant, eoque & hac ipsa quantitate in genere, non specie certa æstimantur. *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet.* Nec obstat, quod in extremo ita scribit: QUOD ET DE CÆTERIS REBUS IURIS EST. Hoc enim sic intelligendum est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensura constant, quæ incertæ in genere, certa tamen mensura aut pondere debentur. Ac de eadem quæstione illic agi, quæ tractatur in *L. vinum supr. si cer. pet.* responsi similitudo aperte declarat. Est enim utrobique eadem per omnia distinctio iuris de proposita quæstione, & iisdem aut certe eiusdem scholæ auctoribus tribuitur, Sabino nimirum & Cassio: ut si in uno responso agatur de re cuius quantitas in genere, non certum corpus debetur & petitum est, intelligendum sit & de iisdem rebus agi in altero. Quam rerum conditionem cum & iuris ratio postulet, quod utrobique de æstimatione ex tempore litis contestatæ spectanda responderetur, ut satis ostendimus ad *L. vinum*, minus iam possumus dubitare, quin & de iisdem rebus utrobique agatur. † De his ergo locis sit hoc respon- 13
sum, quod in *d. L. vinum*, respondimus: in vino, & cæteris rebus, quæ pondere mensurave constant, ut oleo, frumento, liquoribus omnis generis, leguminibus item, & similibus, & generaliter in his quæ incertæ, & in genere, non certæ & certa specie debentur: in his, inquam, rebus omnibus, cum quæritur, cuius temporis æstimatio facienda sit, recte statui, si dictum non sit, quo die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam quanti fuit, cum agitur, seu lis contestatur: eoque & in hac æstimatione tempus litis contestatæ spectandum. At de re certa petita, ut Sticho, hic agitur, ut supra ostendi, & res ipsa loquitur. Non eadem vero caussa est rei certæ petitæ, si quæratur, quo ex tempore res æstimanda sit. Sed de ea statuendum id, quod recte hoc loco, tanti rem æstimandam, quanti unquam plurimi fuit post moram: proinde & tempus condemnationis re exstante, aut mortis, re perempta: si quidem ante deterior res facta non fuit. Sin deterior post moram facta est, hoc ipsum moræ tempus spectandum & æstimandum, quanto res deterior facta sit. Cuius differentiæ rationem dilucide exposui ad *L. vinum*, ut locus exigebat in ea parte, cum de tempore moræ; quod illi loco obiiciebatur, respondi. Quod cum pariter ad utrumque locum pertineat, illinc sumi potest, quod ad hunc transferatur. Hoc monebit, cum illis locis duobus de re incerta, hoc loco de certa petita respondeatur: diversas quidem esse sententias horum locorum, at minime contrarias: quæ tum dissimili ex caussa & ratione nascantur, quin etiam & iuris ratione optime inter se consentientes videri: cum utraque hoc spectet, ne mora debitoris creditori noceat: sic tamen, ne amplius ei præstetur, quam ei debitum fuit. Quare hac differentia animadversa, minus difficilis est horum locorum explicatio. Difficilior aliorum duorum; in quibus de eadem re, de qua hoc loco, quæstio proponitur, idest, de re & specie certa. Nam in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* agitur de actione commodati, & re commodata. Non commodatur genus, sed certum corpus: quoniam aliud, quam certum, utendum & tractandum dari non potest: est autem commodare, utendum dare. *L. 1. infr. com.* In illo autem altero, idest, in *L. hominem, infr. mand.* nominatim quæstio est de homine certo promisso, quem fideiussor pro debi-

debitore solvit: & tamen in utroque dicitur spectari tempus litis contestatæ in stricstis iudiciis. De quibus respondebo sigillatim, quia semel & una ratione de utroque non potest. Ac primum de *L.* 3. *§. in hac, com.* Et quoniam non solum ex verbis omnis difficultas nascitur, sed etiam est in his ipsis, quod recte sumatur ad conciliationem: ipsa verba loi tio proponam, ad quæ deinde omnis responsio conferatur. Sic autem verba sunt: ***In hac actione*** (commodati) ***sicut in ceteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, & rei iudicandæ tempus, quanti res sit observatur: quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.*** Et quod iam ante attigi ad *L. vinum*, in excutiendo tempore rei iudicatæ, fortasse statim quis existimet, in his verbis conciliationem abunde suppeditari, ut dicamus, in strictis quidem iudiciis litis contestatæ tempus spectari; at hoc ex eodem illo loco non obesse aliis iudiciis, quæ stricta non sunt: cum ibidem ita traditum sit, in aliis, puta in bonæ fidei iudiciis, hoc idem non servari, sed spectari tempus rei iudicandæ, idest, condemnationis. Quod com hoc loco congruere videtur: si quidem hoc prius constituerimus in eo non agi de actione stricti iuris. Quod & ipsum pierique iam olim arripuerunt ad conciliationem. Quorum alii ideo ex contractu bonæ fidei hic agi interpretati sunt, etsi ageretur Triticiaria, quæ est generalis, ut Accursius hic refert in glossa magna. Alii agnoscentes, hæc verba, IN HAC ACTIONE, non posse intelligi nisi de actione Triticiaria, de qua sub hoc titulo agitur, ut agebat Ulpianus *Lib.* 27. *ad edictum*, unde hoc responsum sumptum est, nec posse intelligi de ea nisi generaliter, sive ex hac, sive ex illa caussa agatur, quia nihil hic distinguitur: fatentur & hoc ipsum, & amplius Triticiariam bonæ fidei non esse concedunt, ut quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei in *§. actiones autem, Inst. de act.* Sed cum hoc dederint, illud retinent, ut dicant esse arbitrariam. In quam sententiam difficultate huius loci delati sunt. Nempe enim huc spectarunt, ut cum in hac actione dicitur spectandum tempus condemnationis aut moræ, quo res deterior facta sit, non litis contestatæ, efficiatur non esse huic sententiæ contrarium, quod alibi traditur, ***in strictis iudiciis litis contestatæ tempus esse spectandum:*** quia scilicet in aliis illis locis distinguuntur nominatim actiones bonæ fidei ab actionibus stricti iuris: Triticiaria autem etsi non est bonæ fidei; similis tamen sit: est enim, inquiunt, arbitraria: in quo genere non minus res æstimatur ex æquo & bono arbitrio iudicis. *§. praeterea, Inst. de act.* Etsi initio satis ostendisse videor, hanc actionem non magis esse arbitrariam, quam condictionem certi, quarum utraque generalis est, & ex iisdem caussis competit: tamen non moverem de eo controversiam, si hoc concesso Triticiariam esse arbitrariam, res expediretur. At non modo id non consequimur ista ratione, ex qua in eandem repugnantiam incidimus; sed quod præcipuum in ea solutione incommodum est, superiorem distinctionem in vera rei certæ æstimatione statuenda, duas sententias maxime falsas & iniquas inducimus: quas prius quam reciperemus, tolerabilius foerat, fateri hos locos esse contrarios. Primum hac ratione non conciliantur hi loci. Non enim tantum hic dicitur ***spectandum esse tempus condemnationis***, quod poterat convenire cum eo, quod dicitur in *d. L.* 3. *§.* in hac, ***in bonæ fidei iudiciis spectandum tempus rei iudicandæ*** (utrumque enim tempus idem est, quo condemnatur reus, & quo res iudicatur: rei iudicandæ, & quo condemnatio facienda est. *L.* 1. *infr. de re iud.*) sed adiicitur hoc ita esse, ***si res antea deterior facta non sit***: Quod si facta sit deterior post moram: tum ad tempus moræ reducendam æstimationem, ut spectetur quanti unquam post moram res fuit. Hoc vero nihil aliud est, quam tum in hac actione non esse spectandum tempus rei iudicandæ, contra quam fieri volumus in actionibus bonæ fidei, & arbitrariis. Sed contemni hoc potest, prout est falsitas utriusque illius superioris sententiæ: siquidem in re certa petita sine iureiurando in litem æstimanda (nam de eo hic agitur) dicimus, in bonæ fidei iudiciis spectandum rei iudicandæ tempus; in strictis autem litis contestatæ. Quod intelligi quoniam non magis ad verum ius statuendum, quam ad definitionem huius loci explicandam pertinet, nec minus ad solutionem contrarii loci necesse est: de eo hic dicam diligentius. Aio, quodcunque iudicium sit, sive bonæ fidei, sive stricti iuris: neque illic tempus rei iudicandæ spectandum, neque hic litis contestatæ, si quæratur, species petita cuius temporis æstimationem, ***quanti vere est***, recipiat; sed tenendam in omnibus huius loci regulam, ut si res deterior facta sit post moram, ad id tempus moræ referatur æstimatio: æstimeturque quanto res deterior facta est, idest, in summa, quanti unquam plu-

plurimi res fuit, ex quo mora cœpta est.
14 † Primum doceo id ita servari in bonæ fidei iudiciis, eoque falsum esse in his spectari tempus rei iudicatæ potius, quam in aliis. Finge rem commodatam deteriorem reddi aut culpa commodatarii, aut post eius moram. Non minus hoc æstimandum est in actione commodati, quam hic æstimari debere traditur. Hoc ipsum de re commodata scribit idem Ulpianus in *ead. L.* 3. §. 1. quem sequitur §. *in hac*. Et cur non spectetur in bonæ fidei iudicio, quanti plurimi res post moram fuit? Æquum est unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Ubi autem præstantur ea, quæ præstari æquum est, si in bonæ fidei iudicio non præstantur? §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Spectaretur hoc etiam propter moram in stricti iuris actione, ut mox dicetur, quia qualiscunque obligatio fuerit post moram, hanc mora deinceps perpetuam facit. Quanto magis in actione bonæ fidei, in quo genere potissimum æqui & boni ratio habetur? *d.* §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Imo, inquiunt quidam ad *L. hominem*, *mand.* non sine ratione in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus observatur, quanti res sit, etiam tunc cum culpa sua reus rem non restituit, quia in eis id tantum petitur, quod bonus iudex arbitrabitur & æstimabit dari oportere ex fide bona. Quid hoc est? quia iudex rem æstimat ex bona fide, ideo æstimabit ex tempore rei iudicandæ, quamvis res multo ante perierit post moram, aut deterior facta sit? neque præcedentium temporum rationem habebit? Quo quid dici potest absurdius? Imo tanto magis faciet, quod iudicium bonæ fidei est, in quo plus illi licet pro potestate iudicii. Ideo faciet, quia iudicii natura potissimum hoc dictat, ut damnetur reus in id quod illum ex æquo & bono præstare oportet, ut iam dixi. *d.* §. *in bonæ*, *de act.* Hoc autem æquum & ex regula iuris, ne reus mora sua liberetur, ne ea creditori noceat. Nisi forte hoc volunt, quia iudex in bonæ fidei iudiciis rem æstimat tempore rei iudicandæ, ideo ex eo tempore rem æstimandam. Quasi vero qui de æstimatione rei iudicat, non possit spectare æstimationem cuiuslibet alterius temporis; aut quasi ista ratione non idem liceat dicere de strictis iudiciis: cum & in his non alio tempore res æstimetur, quam rei iudicandæ. Nihil est igitur ista ratione absurdius, quam potius a vigilante in contraria omnia converti oportebat. Sed etiam occurretur fortassis ab Accursio, & similibus, quibus tempus moræ & litis contestatæ, & rei iudicatæ, quoties illis libuit, sunt eadem: quod dicitur, in bonæ fidei iudiciis spectari tempus rei iudicandæ, sic accipiendum esse: nisi res ante facta sit deterior: tunc enim prius illud spectandum ex hoc loco. Sed & hoc ridiculum. Ista enim ratione non minus recte dici potuit, spectandum esse tempus litis contestatæ, aut præcedens aliquod, aut sequens, quam rei iudicandæ: quia semper in promptu fuerit hæc conditio, quam eodem iure supplere possimus, nisi res alio tempore pluris fuerit, & deterior facta sit. Sed & hac exceptione an non animadvertimus priorem sententiam everti? Sic enim dicimus, non rei iudicandæ tempus, non hoc aut illud certum esse spectandum, sed omne quodcunque est, quo res post moram plurimi fuit. † Ut hoc in bonæ fidei iudiciis 15
falsum, spectari in his ad rei certæ æstimationem tempus rei iudicandæ: ita non minus & illud falsum est, in strictis iudiciis spectari ad eam rem tempus litis contestatæ: ut non minus & in hoc genere actionum si res post moram deterior facta sit, æstimari debeat, quanti ante res fuit, eoque non minus ad definitionem huius loci actio pertineat. Si condictio Triticiaria stricti iuris est, ut esse initio docuimus, res confecta est. Id enim in hac actione de rei certæ æstimatione hoc loco traditur. Sed ne sit hic locus, aut ne sit Triticiaria stricti iuris, sed arbitraria, quando de eo a quibusdam ambigitur. Nihilominus idem aliis partibus iuris tam certo efficitur, ut non certius statueretur hoc loco, si locus de actione stricti iuris nominatim scriptus esset. Quam ad rem etsi satis esse poterant, quæ iam supra in explicatione postremi membri huius responsi ad eius sententiæ confirmationem attulimus: itemque ad *L. vinum*, *supr. si cert. pet.* qua parte de tempore moræ illic disseritur: tamen ne qua sit dubitatio, adiiciam hoc loco certius aliquid, quod hæsitantibus omnem scrupulum adimat. Sit ergo res certa debita ex stipulatu, quæ actio stricti iuris est. *L. in actionibus*, *in fi.* iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* Dicimus, si in ea actione res petita æstimanda sit, ut sæpe, & ex iis caussis, quas initio huius responsi complexi sumus: naturam obligationis & rationem iuris non pati, ut alia tempora spectentur ad rem æstimandam, quam quæ hic præscripta sunt. Aut enim species petita deterior facta non est post moram, aut facta est. Si deterior

non

non est facta, aut etiam melior facta est, constat talem deberi, qualis est: quia species ipsa in stipulatum fuit deducta. Proinde talem creditor consequi debet: nempe quod debetur, & quod stipulatus est, quod creditorem non consequi absurdum habetur in *L. in exsecutione*, *§. pro parte*, *infr. de ver. obl.* Id & definitio actionis ostendit, quæ est ius persequendi iudicio, quod nobis debetur. *L. nihil*, *infr. de obl. & act.* Idem regula iuris, quæ dictat, solutione tolli obligationem, sed solutione eius quod debetur. *Inst. quib. inr. tol. obl. in pr.* Id si ita est: fit, ut si res non deterior sed melior debeatur tempore condemnationis, ipsa præstanda sit, si potest, sententia iudicis, iuxta *L. ult. C. de fideic. lib.* Si non potest, damnari debeat debitor in æstimationem. At quam? nempe quæ tunc est, aut fuit tunc cum res post moram decessit, quia alioqui creditor suum non consequatur: cum pro corpore quod debebatur, & præstandum erat, præstetur æstimatio. *L. in re*, *in pr. supr. de cond. fur.* Non ergo hic spectabitur tempus litis contestatæ: cum si id spectaremus, præstaretur æstimatio, quæ fuit, non quæ nunc est, cum res iudicatur. Quod si res post moram deterior facta est: hic iam ad alteram partem distinctionis hoc loco traditæ ducit nos regula iuris explorati, & de qua inter omnes convenit, culpam eoque & moram debitoris perpetuare obligationem, idest, hoc efficere, ut quod post moram aliquando debitum fuit, id ita & perpetuo debeatur: neque id in re tantum bonæ fidei iudicio debita, sed etiam in re debita ex stipulatu. *L. si servum*, *§. sequitur*. *L. nemo*, *§. 1. infr. de ver. obl.* Quod nihil aliud est, quam si res post moram deterior facta sit, æstimandum esse, quanti fuit antequam deterior fieret: ut quoniam talis præstari non potest, qualis tum fuit, pro eo quod abest, æstimatio præstetur. *d. L. in re*, *supr. de cond. fur.* ita ne hic quidem in strictis iudiciis spectandum est tempus litis contestatæ. Non enim metuo, ne quem in contrarium moveat quorundam ratio ad *L. hominem*, *infr. mand.* qui, quo acumine de tempore rei iudicandæ in bonæ fidei iudiciis spectando eos respondisse supra ostendimus, eodem & in strictis respondent, spectandum tempus litis contestatæ, quia aliud spectari non potest: quod enimvero loquiunt, aliud tempus possis spectare in actione ex stipulatu? Hoc qui quærit, & non aliud esse putat, hic non ad ius, sed ad sensum communem nobis remittendus est. Quam multa enim alia tempora sunt, quæ per rerum naturam spectari possint, si modo per ius liceat? An non est tempus condemnationis, tempus mortis, tempus quo res deterior aut melior facta est, eaque varia, prout ista ante aut post litem contestatam evenerint? Quid, quod iidem illi hæc spectanda esse itidem fatentur, cum mora a debitore facta est? At nos de eo debitore agimus. Nam quæ damna sine culpa debitoris contigerunt, ea debitor non præstat. *L. si ex legati*, *de ver. obl. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Quod si intelligunt non aliud tempus spectari posse iure, id pro ratione afferunt, quod ipsum quærebatur. Erit enim hæc sententia, in strictis iudiciis iure spectari tempus litis contestatæ, quia iure aliud non potest: quod æque stultum est. Nam hoc ipsum quærebatur, cur iure non possit. Quid tamen, si iam ad totam superiorem iudiciorum bonæ fidei, & strictorum distinctionem retinendam & nihilominus conciliandam cum hoc loco, quem tractamus dicamus id, quod illi ipsi ad *d. L. hominem*, *mand.* regulam quidem hanc esse, & veram, in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus; in strictis litis contestatæ, quanti res sit, observari: sed addendam exceptionem ex *d. L. hominem:* nisi debitor moram fecerit, ut tunc quo tempore pluris res fuerit, vel moræ, vel litis contestatæ, vel rei indicandæ, id spectetur, & tanti reus damnetur? Id enim ita temperari & explicari videtur in *d. L. hominem*. Sed de eo loco dicam paulo post suo ordine. Nunc de ista sententia tantum monebo, quantum locus postulat, primum quidem non esse eam ex *d. L. hominem:* quia responsum ab illis perperam intelligatur. Quod autem ad rem ipsam attinet, nescire me, an quidquam ea sententia dici poterit aut per se magis falsum, aut ad ista explicanda magis inutile, ne dicam absonum. Nempe enim fatentur, si debitor moram fecerit, rem adversus eum æstimandam, quanti plurimi fuerit post moram, ut hoc loco traditur. At hoc concesso, discrimen illud iudiciorum ab Ulpiano positum plane tollitur: quod tamen ipsi statuere velle videbantur, & quidem eo loco, ubi ex professo id contendunt. Nam superior distinctio non statuitur ab Ulpiano, nisi in eo debitore, qui moram fecit. Hoc isti negant, video: sed nunquam fecissent, si ad locum cognoscendum aliquid attentionis, aut iudicii, aut scientiæ iuris attulissent. Primum in *d. L. 3. §. in hac*, aperte de eo debitore agitur,

tur, cum quo iudicio actum erat, venturumque ad tempus rei iudicandæ, quo is de æstimatione rei petitæ damnari deberet. Is moram facit, qui idonee interpellatus non solvit: & maxime si iudicium suscipere maluit, quam rem restituere. *L. mora, infr. de usur. L. si rem, §. 1. infr. de verb. ob.* Nec de eo aliter statui solet, nisi cum adiicitur, reum ex iusta caussa ad iudicium provocasse. *L. si quis solutioni infr. de usur.* quod illic factum non est. Quin etiam iidem illi ipsi sui obliti prius id ipsum affirmaverant. Sic enim scribunt: mora etiam est, si debitor patiatur secum litem contestari: & ideo si moriatur Stichus post litem contestatam, æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ vel mortis. Hoc amplius & de bonæ fidei iudiciis ita scripserant: Alias in bonæ fidei iudiciis. *d. L. 3. §. in hac,* tempus rei iudicandæ, quanti res sit, observari ait: nec sine ratione. Et mox: & hoc si culpa sua reus rem desierit possidere: nam si dolo malo, rem æstimat actor iuratus. Deinde in ea actione, in qua Ulpianus tempus illud rei iudicandæ spectandum esse statuit, admittit iusiurandum in litem adversus reum. Hoc vero, dolo & mora debitoris non præcedente, dici non potuit: quoniam iusiurandum in litem nisi ob dolum, aut ut minimum ob moram debitoris non admittitur. Atque hæc ipse locus Ulpiani suppeditabat. Quod ut dubium esset ex verbis: tamen res ipsa loquitur, iure superiorem regulam adversus alium debitorem valere non posse, quam eum qui moram fecerit. Fingamus enim, mora a debitore non facta, sine culpa eius rem debitam periisse ante rem iudicandam, aut etiam ante litem contestatam. Hic constat debitorem omnino liberari, ut nec æstimationem debeat. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Absurdum est autem dici, observandum esse tempus alterutrum ad rem æstimandam, ubi reus nihil debeat, ac ne æstimationem quidem. Sed etsi res ante moram sine culpa debitoris deterior facta sit, ne id quidem æstimabitur: quia creditoris detrimentum est. *d. L. quod te. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod si rei iudicandæ tempore res extat, & his casibus præcedentia tempora æstimanda non sunt, quibus res pluris fuit: quid superest, nisi ut secundum formam iuris aut reus in rem ipsam condemnetur, si præstare eam potest: *L. ult. C. de fid. lib.* aut si non potest, damnetur in præsentem æstimationem eius temporis, quo res iudicatur, ut ante dixi? nam pro re quæ præstanda erat, æstimatio penditur. *d. L. in re, de cond. fur.* Ex quibus intelligitur, non rationem quamlibet & speciem tantum æquitatis suadere in omnibus iudiciis eam sententiam, quæ est hoc loco; sed necessitatem ipsam obligationis & iuris certi etiam ab invitis eam exprimere. Qua eadem ex re efficitur, falsum esse in his ad rem certam ex vero æstimandam tempus rei iudicandæ aut litis contestatæ spectari: simul & illud, in hac rei certæ æstimatione ex aliquo tempore spectanda quidquam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia interesse. Atque hæc cum ita sint: quidvis quærendum & admittendum potius, quam mutanda huius loci sententia, cum de re certa, quanti vere sit, æstimanda quæritur, sive iudicio bonæ fidei agatur, sive arbitrario, sive stricti iuris. † Quomodo ergo aliter interpretamur locum Ulpiani in quo diserte scriptum est, 16
in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus quanti res sit, observari; in strictis litis contestatæ tempus spectari? d. L. 3. §. in hac *commod.* Si quidem verba isto modo scripta essent, hæreremus. Nunc autem ita concepta sunt, ut in utrumque genus iudicii eam interpretationem recipiant, quæ superiori sententiæ non adversetur. Quæ sententia cum sola vitio careat: hanc potius sequi debemus. *L. in ambigua, infr. de legib.* præsertim cum sit & huius loci, & *d. L. 3. com.* idem auctor Ulpianus, quem credendum non est in hac re a seipso dissensisse. Quid ergo illic scriptum est de bonæ fidei iudiciis? hoc quidem inter cætera, si modo Pand. Florentinarum scriptura recta est, *& in his rei indicandæ tempus quanti res sit, observatur.* Quod ipsum eiusmodi esse fateor, ut si simpliciter dictum, aut per se positum esset, de alia æstimatione accipi non posset, quam de vera, quæ sine iureiurando in litem habeatur. Hæc enim significatur his verbis, quanti res est *L. 2. §. ult. supr. qui satis. cog. L. tutor supr. de in lit. iur.* Sed videndum est, quid præcedat, & hoc quod sequitur, quo contextu prioribus subiiciatur: tum intelliget superius illud, non ad omnem æstimationem, sed ad eam quæ initio posita erat, cum scilicet iurator in litem, temperandam referri debere. Quod subodoratum fuisse ex veteribus Guillelmum de Cuneo ex scriptis Bartoli ad §. *in hac,* post hæc scripta comperi: quod & ille sequitur, etsi ad eam rem nihil certi adfert. Sed nihil verius. Prius dixerat Ulpianus: *In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, simi-*

similiter in litem iurabitur. Sequitur: *& rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur*. Hoc posterius uno contextu & coniunctim subiectum nemo negaverit salva ratione recti sermonis sic accipi posse, quasi scriptum esset: & hic, seu & tum rei iudicandae tempus observatur. Ut sit sensus, id tum observari, cum scilicet de bonae fidei iudiciis agetur, & in his in litem iurabitur: nam utrumque hoc praecesserat. Quod si in posteriori oratione omnium consensu recte subaudimus prius illud, *in bonae fidei iudiciis*, propter coniunctionem orationis: par est, ut propter eandem connexionem & illud alterum de iureiurando in litem recte repeti intelligamus: quo significetur id dictum esse, non de vera aestimatione rei, sed de ea, quae servatur in iureiurando in litem, quae a priore passim distinguitur: quippe cum hoc iureiurando aestimetur iis ex affectu, & saepe ultra rei pretium. *L. non a iudice, supr. de iud. L. 1. L. tutor, supr. de in lit. iur.* Haec sententia expedita est, si aliorum exemplarium, quam Florentini, scripturam sequimur, in quibus ita legitur: *In hac actione sicut in caeteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, ut rei iudicandae tempus quanti res sit, observetur: ut pro &, observetur*, pro *observatur:* in quibus in unius literae mutatione facilis lapsus fuit. Hoc modo, inquam, si legimus, sententia superior expedita est, utpote & his ipsis verbis expressa. Apparet enim hanc orationem, ut rei iudicandae tempus observetur, ad priorem temperandam adiectam esse, ut sit sententia: in bonae fidei iudiciis iurari quidem in litem, sed ita, ut tum in re aestimanda observetur tempus rei iudicandae. Et vero hoc modo legendum esse, ratio recte loquendi nos admonet: Nam alioqui ita dicendum fuerat: in hac actione sicut in caeteris bonae fidei iudiciis in litem iurabitur, & in his rei iudicandae tempus observabitur, non autem observatur: cum sit in vitiis orationis, si ea perturbetur numeris aut temporibus: & praesertim si coniunctionis copula intercedat, cum coniunctione eadem illa coniungantur. Sed etsi placeat legi eo modo, quo supra ex Pand. Florent. retulimus, quamvis non sit eorum verborum sola ea significatio, quam dixi; attamen & hanc recte accipi posse connexio contextus indicat: ut hoc quaerendum relinquatur, utra potius accipienda sit. Id si quaeritur, satis fuit ad posteriorem significationem retinendam, si dicatur eam vitio carere, alteram vitiosam & falsam. *d. L. in ambigua, supr. de legib.* Talem autem esse alteram constat, ut quae in manifestam aequitatis & aliorum locorum iuris reprehensionem incurrat, ut supra ostendimus; neque id solum, sed etiam, quae ab eodem auctore alibi refellatur. Et haec quidem ita sunt, etsi dubitaretur ex praecedentibus aut sequentibus, quid in hac re auctor ipse sentiret. Quod si de eo constet: quaestio, opinor, tollitur: neque enim verba captari, sed qua mente quidque dicatur, spectari convenit, ut bene alibi Paulus praecipit. *L. pen. supr. ad exhib.* At non sentire Ulpianum tempus rei iudicandae esse spectandum in commodato, cum de vera aestimatione sine iureiurando in litem quaeritur, *§. praecedens* plane arguit: in quo ille scribit: si res commodata deterior facta sit, aestimandum & praestandum, quod commodatoris interest, seu quanto res deterior facta est: quod nihil aliud est, quam in ea re ex vero aestimanda non rei iudicandae tempus spectandum esse; sed ut nunc dicimus, illud morae, quo res facta est deterior. Atque hinc recto ordine in *§. in hac, sequenti* monet hoc ita esse, si quaeratur de eo quod interest, seu quanti res sit vere, quae sunt eadem. *L. 1. §. haec verba, infr. ne vis fiat ei, L. 3 §. ult. infr. uti poss.* Diversum esse, si in eo genere iuretur in litem. Nam & in actione commodati, sicut in caeteris bonae fidei iudiciis in litem iurari posse, ac tum in his rei iudicandae tempus, quanti res sit, observari. Non adversatur huic sententiae, quod haec verba, *quanti res sit*, quibus Ulpianus utitur, ad veram aestimationem referri solent, eoque & perpetuo distingui ab eo, quanti in litem iuratum est. *d. L. 2. §. ult. supr. qui sat. cog. d. L. tutor, supr. de in lit. iur.* Hoc enim ita verum est, nisi verba in iureiurando in litem usurpentur, ut hoc loco: tunc enim sic accipiuntur, quanti res est iureiurando actoris aestimata, ut in *L. arbitrio, supr. de dol.* Quod & hic faciendum est, ut significatio adiunctis & subiecto loco discernatur. † Teneamus igitur, Ulpianum 17 in *d. L. 3. §. in hac*, hoc dicere: in bonae fidei iudiciis cum in litem iurabitur, tum rei iudicandae tempus, quanti res sit, observari. Nihil hoc ad veram aestimationem, ubi forte res petita ante condemnationem post moram debitoris deterior facta erit, & de eo agetur, ut idipsum aestimetur, quanto deterior facta est. Itaque nihilominus recte dicitur, & hoc ipsum esse aestimandum etiam in bonae

fidei

fidei iudiciis: ut semper æstimatio ad tempus moræ, quo res plurimi fuit, redigatur, ut hic traditum est. Neque cum hoc dicemus, quidquam alterum ab altero dissideat. Nisi forte hoc adhuc dubitatur, an quod dicitur de æstimatione iurisiurandi in litem ad tempus rei iudicandæ reducenda, nulla caussa sit, cur non ad veram æstimationem transferatur. Sed differentiæ ratio in promptu est. Cum enim iurat actor in litem, iurat ex affectu, non utique qui fuit, sed eo qui nunc est, cum iurat. *L. 1. L. tutor, supr. de in lit. iur.* Id autem est tempus rei iudicandæ. Præterea non tam hic æstimatur res petita, quam non restituentis aut non exhibentis contumacia coercetur. *d. L. 1. L. tutor.* Merito igitur & eius temporis contumacia ex eo ipso tempore æstimanda est: quod & posterius bene sensit Bartolus. *d. §. in hac.* At ubi de vera æstimatione rei sarcienda agitur ob id solum, quod res periit post moram, aut deterior ante condemnationem facta est: ratio non patitur, ut hic res æstimetur ex tempore rei iudicandæ, quo facto præcedentis temporis nulla ratio habeatur: quoniam hoc modo non consequatur creditor rem quæ olim debita fuit, cuius tamen obligationem mora perpetuam fecit. Ac de *L. 3. §. in hac, commod.* responsum est, qua parte de bonæ fidei iudiciis adversari videbatur: & demonstratum in summa, de re quidem certa æstimanda illic agi non secus quam hic: & rei æstimandæ in bonæ fidei iudiciis aliud tempus statui, quam hoc loco; sed dici hoc de alia æstimatione, quam de vera de qua nunc agimus: quæ & merito distinguatur ab altera. Ita fieri, ut nihil sit repugnans, si &
18 de ea aliud ius statuatur. † Quod sequitur de strictis iudiciis in *d. L. 3. §. in hac*, quam sententiam habeat, & quam non huic loco adversantem, videamus. Subiicit igitur Ulpianus: *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Generaliter hoc quidem, & sine conditione, si verba definitionis spectes; sed ex præcedentibus definitio temperanda est. Apparet enim ex adversativa, *Quamvis*, dictum id esse ex comparatione priorum per dissimilitudinem, quo ostendat in eo, quod prius dixit, quid bonæ fidei iudicia a strictis differant. In quo nihil est literæ convenientius, quam id quod Bartolus de eo scripsit, eoque nihil melius, quam id sequi, si modo iuris ratio id pateretur. Ait enim in *d. L. §. in hac*, toto agi de æstimatione, quæ probetur iureiurando in litem. Hoc cum sit, recte dici in hoc iureiurando in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ; in strictis autem litis contestatæ spectari. Prius verum est: quia de eo iureiurando in litem dictum intelligitur, quod proprie dicitur in litem, & defertur ob dolum & contumaciam non restituentis. *L. 5. de in lit. iur.* hanc contumaciam æquum est ex eo tempore æstimari, quo admittitur, ut dixi. Posterius falsum est. Nam cum in strictis iudiciis res quæ post moram debitoris periit, æstimanda est iureiurando actoris, quanti fuerit, uti ius est, *L. 5. vers. plane supr. de in lit. iur.* non ad aliud tempus refertur æstimatio, quam quo periit, aut ante deterior facta est post moram, ex hoc loco, quamvis de ea æstimatione affirmanti actori non credatur sine iureiurando. Ideo hanc sententiam, quæ per se aperte falsa est, sequi non possumus, etsi alias a verbis minime abhorrentem. Sed nihilominus verum est, verba illa, QUAMVIS IN STRICTIS LITIS CONTESTATÆ TEMPUS SPECTATUR, scripta esse per comparationem, quo ostendatur in eo, quod Ulpianus prius dixerat, quid hæc iudicia inter se differant: ut proinde non tantum membrum referendum sit ad priora, sed etiam intra fines prioris sententiæ retinendum, ut in eo solo dissimilitudo sit, quod priore sententia continebatur. Dissimilitudo vero est non in iureiurando in litem, sed in tempore quod præcessit. Prius locutus erat de eo tempore, quod unicum rei æstimandæ præfinitur. Proinde quod sequitur, sic accipiendum est, quasi ita dictum esset: quamvis in strictis iudiciis, ubi extra conventionem unicum tempus rei æstimandæ statuitur, ut supra, ibi non rei iudicandæ, sed litis contestatæ spectetur. Quod & verum est, neque huic loco adversatur. Nam cum in strictis iudiciis genus petitur, veluti vinum quod mutuo datum erat, si conventio de tempore solvendi nulla est: plane ibi spectatur tempus litis contestatæ, neque aliud, quandiu debitor moram facit rei solvendæ. *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hic.* Usque hoc solum tunc spectatur in strictis iudiciis: sic & in eo recte bonæ fidei iudicia a strictis distinguuntur. Etsi enim & in emptione, quod bonæ fidei iudicium est, cum vinum emptum petitur, litis quoque contestatæ tempus ad rem æstimandam spectandum esse diximus ad *d. L. vinum:* tamen bonæ fidei iudicia hoc recipiunt, ut in his spectetur etiam quandoque tempus rei iudicandæ, cum scilicet iuratur in litem. Stricta iudicia nequaquam, ut in quibus ob dolum & con-

& contumaciam nunquam in litem iuretur: *L. in actionibus, supr. de in lit. iur.* ut consequens sit, semper in his unico tempori litis contestatæ locum relinqui. Quod si in strictis iudiciis res certa petita sit, ut Stichus: placet quidem hic in re æstimanda non spectari tempus litis contestatæ, ut hic traditur; sed ne hoc quidem negatur superioribus verbis *d. L. 3. §. in hac:* quia in eo genere rerum non unum tantum tempus statuitur æstimandæ rei, sed plura: nempe, modo condemnationis, modo mortis, modo quo res post moram deterior facta est, prout illo aut illo pluris fuerit. Nos superiorem definitionem de tempore litis contestatæ spectando sic accipiendum esse diximus: ut de eo tempore intelligeretur, quod unicum spectetur in re æstimanda, sicut & prior definitio intelligitur. Et quidem priore parte id tempus demonstrari apparet. Cum enim in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur, diciturque tum observari tempus rei iudicandæ: ita dicitur, ut intelligatur id tempus eo casu, & non aliud esse spectandum. Posteriora autem ad idem genus referri debere comparatio indicat. Male enim dicuntur illa iudicia differre in eo tempore quod præcessit, nisi in posteriore genere iudiciorum idem genus temporis intelligitur. Quod si ita est: res huc redit, ut sententia posterior *d. L. 3. §. in hac*, quæ est de tempore litis contestatæ in strictis iudiciis spectando, ad
19 rem certam non pertineat. † Sic fit, quod ad totum eum locum breviter responsum volumus: ut prior pars non sit de vera rei æstimatione, etsi de re certa; posterior non sit de re certa petita. Ita neutra pars definitionem hoc loco traditam ostendat, quocunque iudicio agatur: cum definiamus alia quidem tempora spectanda, quam rei iudicandæ, aut litis contestatæ; sed in re certa petita, idque cum de ea æstimanda & vera eius æstimatione agitur.

Sed si huic defensioni locus esse potest in *L. 3. §. in hac, commod.* verendum, ne non itidem sit in *L. hominem, infr. mand.* quem postremum locum distinctioni huius loci obiiciebamus. Vel potius verendum, ne eo loco omnis hæc defensio præcidatur. Agitur enim eo responso de homine certo, quem fideiussor pro debitore dari promisit, & solvit. Idque disertis verbis ita proponit Africanus, & ad eum hominem promissum, totum responsum accommodat. Agitur & de eius hominis æstimatione nominatim in principio, & ea æstimatione vera, non quanti in litem iuratum sit: ut omnia concurrere videantur, quæ hic exigimus. Et tamen sive eius hominis æstimatio petatur a fideiussore mandati iudicio: placet eam referri ad id tempus, quo is homo solutus sit, non quo agatur; sive ipse homo petatur ex stipulatu, traditur id tempus spectari, quo agitur, idest, litis contestatæ. Utrumque scilicet diversum ab eo, quod hic statuitur. De quo superest, ut videamus. Et quoniam eius responsi duæ sunt partes: una de bonæ fidei iudicio, altera de stricto; neque utraque una ratione & solutione continetur: dicam hic quoque, ut prius, distincte de singulis,
quo planius res tota intelligatur. † Summa tamen hæc erit, in principio eius responsi agi quidem de re certa, & ea æstimanda; at non de re certa petita, qualem hic exigimus. In altera autem parte agi de re certa debita & petita, in qua & placeat tempus litis contestatæ spectari; sed in hoc, ut sciatur, an ea res peti possit, non etiam in hoc, ut res æstimetur. At de re petita æstimanda omnis nostra quæstio est. Sed melius est, ut dixi, id in singulis distincte explicari. † Prin- 21
cipio ergo proponit Africanus, fideiussorem hominem certum, puta Stichum, pro debitore dari promisisse & solvisse. Ait, cum mandati fideiussor aget, nempe hominis a se soluti æstimationem repetens, si quæratur, cuius temporis æstimatio in eo homine sumenda sit: æstimationem referri debere ad id potius tempus, quo Stichus solutus sit, non quo agatur. Quod bis huic loco contrarium videtur. Primum quod vult spectari tempus, quo homo solutus est, idest, tempus obligationis inter fideiussorem & debitorem contractæ: tunc enim debitor contraria actione mandati fideiussori teneri incipit, cum fideiussor pro eo solvit. *L. si pro eo C. mand.* Deinde, quod si hoc tempus non spectaretur, vult spectari debere tempus, quo agitur, idest, litis contestatæ: his enim duobus temporibus positis, contractus, & litis contestatæ, prius ait potius spectandum esse. Quod per comparationem dictum, significat potuisse spectari & hoc posterius, si prius non esset. Sed si utrumque concurrat, ut semper, illud magis spectandum. Utrumque tempus adversus hunc locum, ut videtur: sed tempus contractus maxime: cum tempore litis contestatæ proposito, statuatur quidem aliud tempus, quam omne illud moræ, quo res plurimi fuit; attamen id, quod sit & moræ. Constituto autem tempore contractus, semel omnia tempora quo mora facta est, removeantur; quia tunc cum fideiussor hominem pro-

promiſſum ſolvit, non poſſit dici debitor in mora eſſe, ſi ſtatim fideiuſſori non ſolverit, quod ei abeſt: cum potuerit ignorare hominem eſſe ſolutum, eoque ſe fideiuſſori teneri; & ut ſciret, tamen interpellatus non ſit a fideiuſſore: quibus caſibus mora non fit. *L. quod te, ſupr. ſi cer pet. L. mora, infr. de uſur.* Sed & illud animadvertendum, quod ſtatuitur id tempus in iudicio mandati: quod bonæ fidei eſt. *§. actionum autem, Inſt. de act.* Quod iam non minus adverſari videtur ſententiæ illi Ulpiani ex *L. 3. §. in hac, commod.* qua ſcribit in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ, quanti res ſit, obſervari. Et obſervetur rerum, atque æſtimationis, de quibus in his locis agitur, diſſimilitudo. Tum in eo iure, quod de his rebus ſtatuitur, quam nihil ſit contrarii, quam recte potius diſſimilibus de rebus diverſum ſtatuatur, intelligetur.

Agitur hic de re certa æſtimanda; ſed ea, quæ & debeatur principaliter, ac propter quam æſtimatio præſtetur. In ſpecie Africani ſuperiore agitur quidem & de homine certo æſtimando; ſed ita, ut non debeatur ipſe, ſed ſola eius æſtimatio in obligationem deducta ſit. Hoc & Irnerius & Ioannes aliique nonnulli ex veteribus recte viderunt, a quibus acceptum ſecutus eſt Bartolus, nec incommode: expreſſitque his verbis ad *d. L. hominem, & ad §. in hac:* ut diceret in *hac L.* ſpeciem eſſe in obligatione, & æſtimationem venire officio iudicis; in *L. hominem,* in obligatione, eſſe æſtimationem. Hæc diſſimilitudo animadverſa rem plane explicabit: de qua ne dubitetur, prius conſtituenda eſt. Dico hic agi de re, quæ ipſa principaliter debeatur, circa cuius exſecutionem quæratur de æſtimatione, ut præſtetur. Patet ex verbis. Agitur enim de re iudicio petita, quæriturque nominatim, res quæ petita eſt, cuius temporis æſtimationem recipiat. Ea petitur, quæ debetur: poteſtque deberi, quæ non petatur; at iure peti nulla, niſi quæ debeatur: non eſt enim actio, niſi perſecutio eius quod debetur. *L. nihil infr. de ob. & act.* Nec vero de alia re agitur in *L. 3. §. in hac, commod.* Imo nec de alia re (incerta tamen) aliave æſtimatione in *L. vinum, ſupr. ſi cer. pet. L. ult. infr. hic:* in quibus nominatim quæſtio ponitur de vino, & ſimilibus mercibus, quæ dari debeant, & iudicio petitæ ſint: quæritur autem ubi earum æſtimatio facienda eſt, ex quo tempore ſiunt æſtimandæ. At in *L. hominem,* in ſpecie propoſita contra.

22 † Homo a fideiuſſore ſolutus, & de cuius æſtimatione quæritur, non debetur fideiuſſori, nec peti ab eo poteſt vel nominatim, vel his verbis, quod ex bona fide dari oportet. Solum debetur eius hominis æſtimatio, eaque ſola a principio in obligationem mandati deducitur. Utrumque, quia non obſcure actum eſt. Nam fideiuſſor hominem creditori ſolvendo hoc animo fuit, ne eum hominem unquam repeteret. Animus hic eſt ſolventis. *§. is quoque, Inſtit. quib. mo. re cont. obl.* & qui ſic ſolvit, ut recipiat, non liberatur, eoque nec ſolvere intelligitur. *L. qui ſic ſolvit, infr. de ſol.* Et ſi id agitur, ne eum hominem repetat a creditore, cui eum dedit: multo magis, ne repetat a principali debitore, cui non dedit. Quod ſi id ageret, ut a debitore repeteret: aut exigeret ab eo, quod fieri non poteſt, aut ipſe ſecum pugnaret, quorum neutrum ferendum eſt. Exigeret, quod fieri non poteſt, ſi vellet debitorem eum hominem reddere prius, quam eum a creditore, cui dedit, recepiſſet. Iam ſi eum ab illo vellet recipi, ſecum pugnaret, ſeque refelleret, ut qui ita ſolverit, ne is homo repeteretur. Non ergo fideiuſſor hominem promiſſum ſolvendo id agit, ut debitorem de eo homine ſibi reddendo obliget. Proinde nec debitor ſecus quam actum eſt, eo nomine obligabitur. *L. non omnis, ſupr. ſi cer. pet.* Reſtat, ut ſi quid fideiuſſori præſtandum eſt eo nomine, debeatur hominis ſoluti æſtimatio, non aliud. Et vero conſtat id agi, ut ſi quid mandatarius ex mandati cauſa impenderit, id ei præſtetur, & indemnis reddatur. *L. ſi vero, §. ſi mihi, L. ſi mandaſſem, 15. L. ſi quis mihi, 16. L. ſi quis alicui, 27. §. impendia, infr. mand.* Placet, homine a fideiuſſore ſoluto, ipſum hominem ei non deberi. Sic fit, ut ſola ei debeatur æſtimatio ad indemnitatem, eaque ſola in obligationem mandati ab initio venerit. Quo loco ſatis mirari non poſſum, quorundam ſuperbam inſcitiam ad *d. L. hominem:* qui cum facta definire audent in ſpecie propoſita non agi mandati in æſtimationem, & eos imprudentiæ damnare, qui id dixiſſent: qua in ſententia fuiſſe Irnerum & Ioannem Accurſius refert in *d. L. hominem, & in d. §. in hac.* Nec ad cauſſam damnationis aliud afferunt, quam quod mandati non in æſtimationem agitur nominatim, ſed in id quod ex bona fide dari oportet. Æſtimationem deberi, non hominem ſupra oſtendi bonis rationibus, quæ fortaſſe prioribus non ita conſtiterunt. Si debetur, etiam in eam agi poſſe neceſſe eſt: cum

eum id persequatur omnis actio in personam, quod debetur, non aliud: eaque actionis definitio est. *L. nihil, infr. de obl. & act.* Nec aliud servatur in honae fidei iudiciis, quibus non minus peti posse constat, quod sit in obligatione; & si in his ex hona fide agitur. *L. qui per, §. ult. infr. de act. em. L. quaero, 1. resp. infr. loc.* Et quod isti dicunt, non agi hic mandati in aestimationem, quia petatur hoc iudicio, quod ex bona fide dari oportet, plusquam ridiculum est. Imo ideo his verbis in proposito maxime petitur aestimatio, quia his continetur id omne, quod fideiussori debetur. Debetur autem aestimatio hominis soluti, non homo, ut dixi. At non petitur nominatim. Etsi hoc falsum est: tamen ut verum esset, satis petitur, quod generali oratione exprimitur. Nisi forte putamus eum qui petit hereditatem, non petere res singulas hereditarias, quia has nominatim non appellat; qui gregem, non petere singulas oves; qui totum, non petere eius partes. Quod secus est. *L. item videndum, §. ult. L. & non tantum, seq. de pet. her. L. 7. L. si cum, 21. §. 1. infr. de ex. rei iud.*

23 Hoc intellecto, diversi † iuris de his rebus constituti ratio atque aequitas expedita est. Cum res aliqua certa principaliter debetur, ac propter rem debitam aestimatio praestanda est: si quidem ita, ut aestimetur quanti actor in litem iuraverit: aequum est id tempus spectari, quo iuratur: eoque & tempus rei iudicandae: tunc enim iuratur. Hoc in *L. 3. §. in hac, commod.* Sin sine iureiurando res aestimanda, quanti est, ut hic: recte fit, ut aestimationis praestatio rei debitae obligationem sequatur. Nec vero aliter fieri potest sine creditoris iniuria, cum propter rem debitam aestimatio praestatur. Hinc illam distinctionem esse oportuit, quae est hoc loco: ut si ad rem iudicatam res pervenerit, non ante deterior facta: spectetur tempus rei iudicandae, quo scilicet res plurimi fuit. Si mortua est, non ante facta deterior: spectetur hic mortis tempus, quo & ipso res fuit plurimi. Sin autem ante deterior facta sit post moram: iam habetur ratio eius temporis eadem ratione. Haec omnia, ut dixi, ideo, quia res omnibus his temporibus debita fuit: aestimatio autem quae hic praestatur, rei debitae obligationem sequi debet, quippe cum pro re aestimatio praestetur. *L. in re, supr. de cond. fur.* Et haec in re certa petita. Quod si vinum, res incerta, petitum fuerit, ac pro vino debito aestimatio in iudicium vocabitur: commutata ratio facit, ut quoniam nullius certi temporis vinum debitum fuit, ibi solum ratio habeatur eius temporis, quo ut vinum solveretur, actum est. Id autem est dies constitutus, si quidam convenerit, ut certo die daretur; aut si de die nihil dictum est: tempus litis contestatae, ut docuimus ad *L. vinum, si cert. pet.* Unde & illa tempora ibidem spectari placuit, & *L. ult. infr. hic.* At vero ubi rei alicuius licet certae aestimatio in obligationem venit, ipsa autem res non debetur: ibi nullum ex superioribus tempus sequi possumus, sed necesse est eius temporis aestimationem deberi, cuius temporis in obligationem deducta est: quod declaratur aut verbis contrahentium, aut natura eius negotii de quo agitur. Et in specie quidem Africani superiore intellectum est, aestimationem hominis a fideiussore soluti tum primum illi deberi coepisse, eoque & in obligationem mandati deductam esse, cum ipse fideiussor pro debitore eum hominem solvit. *d. L. si pro ea, C. mand.* Cuius autem temporis aestimatio deberi coepta, seu in eam obligationem deducta? Natura contrariae actionis mandati indicat: ex qua & Africanus de quaestione proposita respondit. Nempe aestimatio, quae fideiussori per caussam mandati abest: quandoquidem in contrarium iudicium mandati id venit, quod mandatarius mandati implendi caussa impendit: *d. L. si vero, §. si mihi, L. si quis alicui, §. impend infr. mand.* Abest autem fideiussori aestimatio, quae fuit hominis soluti tunc, cum solutus est. Non alia igitur in actionem mandati venit, quam illius temporis, eoque non alius temporis aestimatio in hac actione spectanda, ut bene Africanus respondit. Hoc posito, bene intulit Africanus, quod sequitur. *Et ideo*, inquit, *etiam si homo mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est.* Recte, *& ideo.* Hoc enim superiori sententiae de aestimatione prioris temporis ut debita spectanda consequens est. Nam si homo solutus debitus esset fideiussori, eius interitu debitor ante moram liberatus esset, ita, ut nec aestimationem deberet. *L. si ex legati, infr. de verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* Nunc autem hic non debetur, sed huius aestimatio sola, quae & in obligationem venit. At haec non periit, ac nec potest. † Quo fit, ut quae semel deberi coepit, cum & mortuo homine perseveret, etiam eo mortuo deberi, ac peti posse non desinat. Nihil hic non proprium mandati, & bonae fidei actionis: seu aestima- 24

tionem illam hominis soluti deberi solam, seu in ea aestimatione dicamus id tempus spectari, quo ea aestimatio in obligationem deducta est; seu placeat hanc aestimationem homine postea mortuo, aut deteriore facto, perpetuo deberi. Fit idem in stipulatione, in quam hominis alicuius certi, aut fundi aestimatio deducta sit nominatim, hoc modo: Quanti Stichus, quanti fundus Cornelianus est, tantum dare spondes? Nam & illic sola debetur aestimatio, non Stichus, aut fundus: & debetur ea, quae fuit tempore contractae stipulationis, quia verbis stipulationis haec demonstrata est. Ea autem constituta, similiter placet & hanc semper deberi, ut sive Stichus aut fundus perierit postea, aut deterior factus sit: nihilominus de ea aestimatione utilis sit actio, quae ab initio nata est. Hoc in *L. fundum, infr. de novat.* id ipsum plane, quod hic ab Africano de homine soluto respondetur. Ex quo apparet, quod de huius hominis aestimatione ita ab illo constituitur, non ideo fieri, quia iudicium bonae fidei hic agatur; sed quia natura rei in obligationem deductae poscat hanc sententiam: ubi res videlicet, quae deberi coepit, nimirum aestimatio, non perit postea. Homo quidem perit; sed is non debetur: nec quisquam debitor liberatur interitu rei alicuius, nisi debitae. *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. ob.* Quamobrem qui quod in ea specie dicitur, aestimationem hominis ad tempus solutionis eius referri, nec eam aestimationem ullo casu eius hominis augeri postea, aut minui, hoc proprium putant mandati actionis, & ideo eum casum excipiunt ab ea regula, qua tradit Ulpianus in bonae fidei iudiciis tempus rei iudicandae spectari: hi, qua de re Ulpianus, aut qua de re Africanus loquantur, quidve versetur in obligatione mandati, cum homo promissus a fideiussore solutus est, aperte non intelligunt: cum constet Ulpianum in *L. 3. §. in hac, commod.* in superiore regula loqui de re certa principaliter debita, cuius aestimatio per consequentiam rei debitae praestetur; Africanum autem intelligere debuerint loqui contra de aestimatione in obligationem principaliter demissa ita, ut res cuius illa aestimatio est, non debeatur; genere aestimationis in utraque specie tam diverso, ut non nisi ius illud diversum, quod diximus, in harum temporibus spectandis statui potuerit, ut ostendi. Quod si hoc intelligere se dicent, & nihilominus speciem Africani excipiunt a regula superiore Ulpiani: videant, ne prioris offensionis deprecatione in maiorem incidant, quod excipiunt a regula, quod verbis regulae non continebatur: quae non potest non stultissima esse exceptio: cum excipere nihil aliud sit, quam ex eo, quod prius posueris, aliquid detrahere. Quod profecto in ista exceptione nihilo sanius sit, quam si quis hac regula posita: in bonae fidei iudiciis tempus rei iudicandae spectari: exciperet ab ea regula actiones stricti iuris, in quibus spectatur tempus litis contestatae, aut si quis legatis libris suis, exciperet statuas & imagines, quas habet in bibliotheca.

De priore parte *L. hominem, mand.* respondi. † Nunc dicam de posteriore. 25
Ait igitur Africanus. *Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur*, idest, ut dixi, *litis contestatae*. Hoc ex eo responso detractum, & acceptum generaliter, ut verba seorsim posita prae se ferunt, quasi ad aestimationem quoque rei promissae pertineat, adversatur huic loco sine dubio, nec minus per se falsum est. At eo sensu, quo ab Africano dictum est: & per se verissime dicitur, & aliis locis ac sententiis receptis iuris tam convenienter, ut nihil magis. Vult Africanus in stipulatione hominis certi spectari tempus, quo agitur. Sed an simpliciter? minime; sed aperte ad hoc, ut sciatur, an homine promisso mortuo, utiliter de eo agi possit, an non possit; quod patet ex praecedentibus. Sic enim prius scripserat: *& ideo etiam si homo a fideiussore solutus mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est*; idest, nihilominus fideiussor mandati aget de hominis soluti aestimatione: quod illum facere posse prius dixerat. Subiungit continenter; *aliter in stipulatione servatur*. Quid est hoc, *aliter?* nempe aliter, quam modo dixit: ut scilicet in stipulatione Stichi, si quaeratur Sticho postea mortuo, an ex ea stipulatione utiliter agatur, an non; sciamus spectandum tempus quo agitur; & videndum, utrum eo tempore homo vivat, necne: ac si tunc non vivit, sciamus de eo agi non posse, seu de eo utilem actionem non esse; nam homine soluto ante litem contestatam mortuo, nihilominus mandati actionem utilem esse prius dixerat. Hoc sic aliter observatur in stipulatione hominis promissi, si dicamus eo casu inutilem esse ex ea caussa actionem. Hoc recte: & vero ex regulis notis iuris ita responderi oportuit: quibus efficitur promissorem interitu rei debitae liberari. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de verb. obl.*

obl. Sed hoc ita, inquit Africanus: *nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret; aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Recte hoc quoque, & ex iisdem regulis iuris, nec minus apte hæc exceptio priori illi sententiæ subiicitur. Quod enim dicitur, homine promisso ante litem contestatam mortuo debitorem liberari: ita verum est, si per debitorem factum non sit, quominus eam daret: hoc enim superiori regulæ diserte adiicitur in *d. L. quod te, & d. L. si ex legati.* Cæterum si per debitorem steterit, quominus daret: ex aliis notis regulis mora perpetuat obligationem, idest, tam tenetur debitor homine mortuo, quam si homo extiaret, *L. si rem, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* Cui sententiæ consequens est, ut eo homine post moram debitoris, quamvis ante litem contestatam mortuo, tam de eo utiliter agi possit. Quod Africanus superiore exceptione in persona debitoris intelligi voluit. Ait autem, *si per promissorem steterit, quominus sua die solveret.* Ubi *sua die* accipere debemus, non die constituta in stipulatione, sed generaliter ea die, qua promissor solvere debuit. Is autem dies est non solum qui solutioni dictus est ab initio, sed etiam is, quo debitor interpellatus est, ut solveret. Utroque enim solvere debuit, ac nisi solvat, pariter moram facit. *L. mora, infr. de usur. L. magnam, C. de cont. & com. stip.* Hanc exceptionem rursum interpretatur, & alia exceptione temperat: nisi postremum per creditorem steterit, quominus hominem oblatum acciperet. Quo significat, si per debitorem aliquando factum sit, quominus solveret, sic eum adhuc teneri homine postea mortuo, si & debitor in mora perseveraverit, priusquam secum ageretur. Cæterum si ante litem contestatam hominem obtulit creditori, & ille sine iusta caussa accipere recusavit, ut sic per eum staret, quominus acciperet, hoc sentit Africanus, eam moram creditori sic non nocere: ut homine postea mortuo, tam liberetur debitor, nec ex ea caussa agi possit, quam si is prius moram non fecisset. Quod & verum est, & ex aliis regulis iuris expressum: quippe debitor postea offerendo purgat moram. *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* & placet, si ambo moram fecerint, debitor & creditor, posteriorem moram nocere. *L. illud, infr. de per. & com. rei. vend.* Dixi, si debitor obtulit ante litem contestatam, non ut fervirem tantum responso Africani, qui vult in stipulatione unum hoc tempus spectari litis contestatæ; sed etiam quia si debitor post litem contestatam offerat, creditor recusando moram non facit, qui accipere nihil vult, nisi ex sententia iudicis, cum neget ea oblatione sibi satisfieri, ut docui *ad d. L. si servum, §. sequitur, de verb obl.* Apparet ergo dicta quidem hæc esse de tempore litis contestatæ in re certa promissa spectando; sed in ea quæstione, cum quæritur, utrum homine promisso mortuo utiliter de eo agi possit, necne: estque hæc summa sententiæ Africani: agi non posse, quia debitor rei interitu sit liberatus. Hoc tamen ita, nisi is moram fecerit prius, quam homo interiret: tum enim propter moram tam tenetur, quam si homo exstaret. Et hoc rursum ita: nisi ipse post moram hominem offerendo moram purgavit, & cum non accepisset creditor postea homo periit: tunc enim rursum creditori mora sua nocebit, ut non magis adversus debitorem utilis sit actio, quam si sine culpa & mora utriusque homo decessisset. Non convenit hæc explicatio definitioni Africani, dixerit aliquis: quoniam mora facta, spectatur tempus moræ, non litis contestatæ; definitio autem Africani solum tempus litis contestatæ præscribit. Et observandum est, Africani definitionem, verbis ad omnem debitorem, re ad eum solum referri, qui moram non fecit: quod significat, cum postea ab ea regula debitorem moratorem excipit. In eo debitore, qui ante litem contestatam moram non fecit, eum quæritur, an cum eo agi possit, recte dicitur in universum spectandum esse tempus litis contestatæ: ut videamus, utrum eo tempore homo promissus vivat, necne, atque hinc de facultate agendi iudicetur. Nam si tunc homo vivit, utiliter agitur; si mortuus est, iure nulla est actio. Excipit quidem Africanus: nisi debitor antea moram fecerit, quo casu aliud tempus vult spectari. Sed hoc exceptum amplius ad tempus litis contestatæ, quod erat in definitione non pertinet. Hinc semper illud manet, sententiam Africani esse: homine promisso mortuo tempus litis contestatæ in stipulatione esse spectandum, cum quæritur, an de homine utilis actio sit, necne: ut si eo tempore in rebus humanis fuit, utilis sit actio; si decessit, inutilis, vel potius nulla. Nihil in ea sententia adversus sententiam huius loci ullo modo; cum hic quæratur, non an homo peti possit, ut prius; sed quem utiliter petitum & in iudicium deductum esse constat, ex

quo

quo tempore sit æstimandus, si forte eius æstimatio præstanda fuerit. Quarum quæstionum in priore unum tempus litis contestatæ spectari, in posteriore plura & diversa, mirum non est. Si quidem agendi unum est tempus, & id litis contestatæ: ac dum eo tempore res debita exstet, aut pro exstante habeatur, ad agendum satis est; rei autem æstimandæ tot tempora sunt, quot sunt, quibus illa debetur: cum pro re debita æstimatio præstetur. Quo fit, ut quod ex his commodum sit creditori spectari, quo suum consequatur, id sit spectandum.

Atque hæc ita sunt, si verba illa Africani, ALITER IN STIPULATIONE SERVATUR, ad proxime præcedentia tantum, non autem ad totum responsum prius referuntur.
26 † Sed hoc quæritur, an non ad totum referri debeant. Et vero cur non referantur? Dixerat Africanus, si de hominis a fideiussore soluti æstimatione quæritur, eam æstimationem ad id tempus referri, quo solutus sit, non quo agatur. Addit, etiamsi is homo solutus mortuus fuerit, nihilominus utilem eam actionem esse. Subiicit: *aliter in stipulatione servatur*. Quidni, inquam, hoc, *aliter*, ad totam orationem præcedentem referatur, ut intelligamus in stipulatione aliter servari, sive de æstimatione hominis promissi agatur, sive quæratur, an de eo utilis sit actio, quibus de rebus prius in homine soluto sermo fuerat? Et hoc quidem vulgo ita receperunt, tanta opinione certitudinis, ut ne hoc quidem usquam vel nutu in dubium vocaverint, interpretes non veteres modo, sed & novi, & qui præcipue Africano lucem se afferre professi sunt. In quo ab illis non tam valde, quam turpiter erratur. Quid enim minus verum est, ipsis etiam, cum cogitanter loquuntur, approbantibus, quam tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, cum homo promissus mortuus postea fuerit: ad quam speciem Africani oratio refertur? Faciamus mortuum esse ante litem contestatam, & ut Africanus loquitur, prius quam agatur. Necesse est, aut sine ulla culpa promissoris interierit; aut post moram eius; aut sine mora: culpa tamen, quia promissor hominem occiderit. Atqui si de singulis istis casibus interrogentur: respondebunt quidem ipsi, nisi plane sint imperiti iuris, aut contentiosi, respondebunt inquam, aut æstimationem his casibus non præstari, aut non spectari eam, quæ est cum agitur: neque vero quidquam est quartum. Volumusne igitur hominem interiisse nulla culpa præcedente promissoris? At hic velint, nolint, coguntur fateri promissorem liberari: quod regulis iuris notissimis efficitur. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Quo liberato, absurdum est dici tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, ubi nullum iudicium esse sublata actione, nullam æstimationem præstandam esse fateamur. Nisi forte hoc loco audiendi sunt illi qui ad Africanum per omnia sui similes scribunt, in *L. hominem*, agi de condictione Triticiaria; hanc arbitrariam, & æstimatoriam esse, duas clausulas habere: unam de re ipsa, alteram de æstimatione: quarum priori si quis non paret, plerunque damnetur posteriori. Nimirum ut efficiant in ea actione, etsi debitor moram non fecerit, tamen re amissa æstimationis rationem haberi, & eam spectari, quæ fuit tempore litis contestatæ. Atqui apud Africanum nulla mentio condictionis triticiariæ, nulla actionis arbitrariæ, sed tantum stipulationis. Ait enim: *aliter in stipulatione servatur: tum enim id tempus spectatur, quo agitur*. Etiam si actio ex stipulatu in re non certo loco dari promissa evadere posset arbitraria, & æstimatoria, ut isti loquuntur: tamen ipsa stipulatio, de qua tantum loquitur Africanus, nihil est, nisi contractus stricti iuris. *L. quia tantumdem, supr. de neg. gest.* Imo nec actio ex stipulatu quidquam aliud, quam stricti iuris. *L. 5. vers. plane, iuncta L. alias, seq. sup. de in lit. iur.* Puduisset illos, opinor, dicere apud Africanum agi de actione bonæ fidei. At illud alterum nihilo verecundius, cum dicunt agi de condictione triticiaria & ea arbitraria: cum non magis unum quam alterum verbis aut etiam ullo apice significetur: imo cum utrumque verbo stipulationis aperte repudietur. Tum autem refricant hic illud suum, condictionem triticiariam esse arbitrariam & æstimatoriam. Quid hoc, ut inde probetur, ante moram tempus litis contestatæ spectari, ubi forte res sine culpa promissoris perierit? scilicet ea actione præstatur æstimatio. Recte, si hanc propter rem debitam, quamdiu debetur, volunt præstari. Sine re, & tunc etiam cum illa desiit deberi, nihil minus verum est. Condictione enim triticiaria petitur res, quæ debetur, ac propter rem, seu potius pro re æstimatio. Sic enim hic diserte scriptum est: IN HAC ACTIONE, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST, CUIUS TEMPORIS ÆSTIMATIONEM RECIPIAT. Proinde re sublata, quæ debeatur, nec pro re, quæ non est,

est, æstimatio deberi potest. Definit autem homo promissus deberi, si perierit prius, quam per promissorem factum sit, quominus daret, *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legat. infr. de verb. obl.* Et an condictioni triticiariæ quantumvis forte arbitrariæ plus tribueremus, quam actioni bonæ fidei, puta ex empto? Atqui si homo venditus sine culpa venditoris mortuus sit, venditor plane liberatur. *L. 5. §. ult. infr. de res. vend.* Sciamus ergo & in alia quavis actione, quamvis arbitraria, idem sentiendum: ut consequens sit, quod dixi, reo liberato, & omni actione tam de re, quam de æstimatione rei sublata, non posse dici ad æstimationem rei præstandam spectandum tempus litis contestatæ. Quid, si perierit homo post moram promissoris? Tenetur quidem promissor ex iisdem locis, quasi res adhuc exstaret: *d. L. si ex legati, L. si rem, §. ult. de verb. obl.* sed ultro fatentur illi hoc casu spectandum esse tempus moræ, quo res plurimi fuerit, non tempus litis contestatæ. Agnoscunt enim omnes Africanum in *d. L. hominem*, eum casum excipere a regula, quæ dixerat, in stipulatione spectari id tempus quo agitur, exceptione his verbis diserte expressa, *nisi per promissorem steterit, quominus sua die solveret*. Sed & omnes magno consensu eam sententiam huius loci esse concedunt, exceptis quibusdam, qui hic de actione stricti iuris agi negant; sed frustra, cum eandem sententiam adversus moratores cogantur admittere ex *d. L. hominem* Quid, si homo perierit, nondum quidem mora a promissore facta; at culpa eius, quia hominem occiderit? Mirum, si quis dubitet hoc casu & perpetuari obligationem, & ad id tempus culpæ æstimationem referri. Sed regula iuris illis nota est, qua efficitur, non moram, sed culpam perpetuare obligationem. *L. si servum, §. sequitur, de ver. obl.* Inter omnes autem convenit culpæ verbo hic contineri non tantum moram debitoris, sed etiam, & quidem multo magis, eius factum, ubi quid fecerit, quo homo interiret, ut declarat Paulus in *d. L. si servum, in pr.* Quod si homine occiso culpa perpetuavit obligationem, quæ tum fuit, etiam eius temporis æstimatio creditori præstanda est: tum autem mora facta, ad tempus moræ reducitur æstimatio: absurdum sit minus referri ad id tempus, quo in homine auferendo maior culpa admissa est. Et, rogo, quomodo tandem referatur hoc casu æstimatio ad tempus litis contestatæ, cum eo tempore homo nullus fuerit, qui æsti-maretur? Fingamus iam, periisse hominem post litem contestatam. Etiam hoc casu in eandem sententiam sua ipsorum confessione incidunt. Fatentur enim debitorem moram facere, qui litigare maluit: quod & iuris certi est. *L. si rem, §. 1. de verb. obl.* Ut necesse sit, quandocunque postea homo decesserit, eum decedere post moram. Atque iidem concedunt, cum res debita post moram perit, non ad tempus litis contestatæ æstimationem reduci, sed ad tempus id moræ, quo res plurimi fuerit: admisturi multo magis idem, si promissor hominem occiderit post litem contestatam. Quod si volent promissorem ad iudicium iuste perveuisse & sine mora, ut fieri potest: *L. si quis solutioni, infr. de usur.* sic deinde hominem promissum periisse, etiam sine culpa eius; etsi hoc totum ineptæ divinationis est: tamen ut demus, illo revolventur, ut fateantur, tum promissorem ex regula iuris liberari, quia sine culpa eius res debita perierit. *d. L. quod te, supr. si cer. pet. d. L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, de ver. ob.* Ut proinde reus absolvi debeat, non in huius aut illius temporis æstimationem damnari. Ita nullum reperitur tempus, ipsis etiam auctoribus, quo æstimatio promissi hominis demortui ex tempore litis contestatæ spectetur. Et tamen ad eam sententiam refelleudam satis erat docere, eam falsam esse in eum casum, quo Africanus intelligi voluit: cum scilicet ante moram & culpam promissoris res periit. Nunc cum in omnibus caussis falsa sit: magnæ socordiæ est, ne dicam inscitiæ, eam definitionem in genere statuere, quam separatim de singulis speciebus interrogatus, in omnibus repudies. Sed quid agerent, si ea sententia Africani est, ut quod circa stipulationem mutat, id mutet in omnibus prioris membri partibus? Recte: siquidem hæc esset Africani sententia. Sed quid necesse fuit id statuere: cum quod dicit, aliter in stipulatione servari, ut tempus litis contestatæ spectetur, commodissime referri possit ad ea tantum, quæ proxime præcesserant; ad ulteriora autem, quæ erant de hominis æstimatione, etsi orationis structura etiam referri potest, re tamen sine manifesto vitio non possit? Minime vero hæc Africani sententia est: quæ prius illi affingi non potest, quam hæc peccata illi impingamus, ut aut dicat, homine promisso sine culpa debitoris mortuo, debitorem adhuc teneri ad æstimationem, quæ spectetur ex tempore litis contestatæ; aut si non tenetur debitor aliter, quam si perierit

rierit homo post moram, ipse secum pugnet, & dicat tunc tempus litis contestatæ spectandum, ubi statim subiicit spectandum esse tempus moræ, ut moræ debitori noceat. Quorum prius cum aperte falsum & iniquum sit: posterius etiam vix sani hominis. Hæc Africano affingere, non est Africano ingenii & prudentiæ tribuere laudem interpretatione sua, sed illum pro imperito & obscuro nugatore traducere: quæ sane in talem auctorem non conveniunt, nec sine insigni iniuria illi impingi possunt. Non est igitur ex eius sententia, fatendumque, eum dicere tempus litis contestatæ in stipulatione spectari non longius, quam ut sciatur, an homine promisso mortuo utilis de eo actio sit, an non sit: de quo proxime in hominis soluti æstimatione dixerat. Denique in dissimilitudine illa stipulationis, quam ponit, non longius progredi, quam ut quod dicit, aliter in stipulatione servari, ut tunc spectetur tempus litis contestatæ, ad proximam partem de actione homine mortuo danda referatur. Quæ cum ita sint: constitutum iam nobis hoc erit, quod respondeamus de *l. hominem, mand.* Quemadmodum prior pars responsi de æstimatione hominis ad tempus contractæ obligationis referenda huic loco non obest: quia illic id dicitur de ea æstimatione quæ talis iam ab initio deducta est in obligationem; hic autem agitur de re debita, propter quam cum præstetur æstimatio, ipsa quoque obligationem rei debitæ sequi debet: sic nec obesse partem posteriorem, quia in ea non dicitur rem stipulatione promissam æstimandam esse, quanti est tempore litis contestatæ, cum de potestate eius rei petendæ, non de eius æstimatione agatur. De quo si recte respondimus: effectum est, neque eo loco, neque prioribus qui obiiciebantur, distinctionem & sententiam huius loci de re ex temporibus hic designatis æstimanda offendi, quominus ut verissima & æquissima sine hæsitatione recipiatur: & recipiatur sine exceptione in iudiciis omnibus tam bonæ fidei, quam strictis, & arbitrariis, ubi res certa iudicio petita erit, cuius vera æstimatio actori pro commodo eius præstanda sit.

Ait, et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum.] Sententia est multis locis, ut supra ostendi, tradita, eum qui rem quam debebat, deteriorem dedit, redditu, non liberari. Sed sententia admodum anceps, & in qua vix quidquam certi aut veri haberi possit, nisi commode explicatur. Ita varie scriptum videtur in omnibus fere eius sententiæ partibus. Incidunt autem in eam sententiam tres summæ quæstiones. Qui enim dicit eum qui rem deteriorem dedit, non liberari, hoc dicere intelligitur, eum re ita data nihilominus de re adhuc teneri: & quia tenetur, etiam teneri aliqua actione. Unde quæstio triplex, an semper teneatur: & si tenetur, qua actione: tum qua de re teneatur. Ex quibus tertia planior est; de duabus prioribus & varie & obscure scriptum est. Nam qui ita rem dedit, dicitur non liberari, seu adhuc teneri; alias simpliciter & generaliter; alias cum exceptione; alias ita, ut in totum teneri negetur. Generaliter, ut cum dicitur eum eo qui rem commodatam aut depositam deteriorem reddit, adhuc agi posse: & additur ratio generalis, non videri rem redditam, quæ deterior reddita est. *L. 3. § 1. infr. commod.. L. 1. §. si res, infr. depos.* Cum exceptione, ut hoc loco, cum dicitur debitor non liberari, si servum post moram eluscatum dederit. Ut alibi, si ipse debitor servum eluscaverit, aliove modo deteriorem fecerit. *L. qui sibi, 33. §. 1. infr. de sol. L. huiusmodi, §. ædes, infr. de legat.* 1. In totum denegatur actio, ut in stipulatione, si quis servum post moram deteriorem factum sine dolo malo dederit: ubi & vetus actio interit, & actio de dolo, non alia datur. *L. & eleganter, §. non solum, supr. de dol.* Rursum hoc concesso, debitorem qui rem deteriorem dedit, adhuc teneri, si quæratur qua actione: in eo hæc varietas est, quod alibi datur vetus actio, ut in bonæ fidei iudiciis; alibi, ut in strictis, actio de dolo; *d. L. & eleganter, §. non solum, de dol.* alibi actio in factum, ut in actione ad exhibendum, in *L. exhibitionis, C. ad exh.* Quæ varietas non modo nihil certi habere, sed etiam maxime secum pugnare videtur. Quocirca videndum, quam recte & consentanee hæc scripta sint: & quid in universum de tota hac re sit statuendum, quod non minus ad alios locos, in quibus eadem sententia attingitur, recte transferatur. Idque eo magis hoc loco videtur faciendum, quod tota collectio Ulpiani eius sententiæ argumento nititur. Sic autem commode res explicabitur: si ut superiora a me proposita sunt, ita de his ordine dicetur. Cum ergo quæritur, an debitor, qui rem deteriorem dedit, non liberetur, sed teneatur adhuc: sciamus non recte simpliciter dici non liberari, & adhuc teneri, sed certas esse in eo cautiones,

con-

conditionesve, extra quas definitio locum non habet. Fit enim non uno modo, ut qui ita dedit, liberetur. Unde conditiones contrarias totidem esse oportet, ut ne liberetur. Ita qui quæ sint hic ad liberandum caussæ, cognoverit, eadem opera de utroque cognoverit. Neque vero de eo qui non liberetur, nisi ex prioris illius cognitione statui potest: cum in hac specie non prius dicatur certo quis non liberari, quam constiterit nullas intervenire caussas ex his, quibus liberatio contingit. Proinde ex his de re tota statuatur. Ut liberetur, qui rem deteriorem dedit, accidit aut ex persona ipsius debitoris, aut creditoris facto, aut ex ge-
27 nere actionis quo res debebatur † Ex persona debitoris: si is fuit, qui ob rem deteriorem factam prius non teneretur. Is autem non tenetur, qui neque moram fecerat prius, quam res deterior fieret, neque ipse deteriorem fecit, neque cuius culpa deterior facta est in iis bonæ fidei iudiciis, in quibus debitor & diligentiam præstare debet. Sic enim regula iuris est, si prius quam per debitorem fieret, quominus daret, res debita perierit, debitorem liberari. Ac tunc per eum non fieri intelligitur, cum illa acciderunt, quæ ante dixi. *L. si ex legati, infr. de ver. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* De re quæ tota perit, hoc dictum est: sed exempli caussa, ut non minus ad eam pertineat, quæ facta est deterior. Illic enim totius rei damnum est; hic partis rei, aut utilitatis eius. Pariter autem damnum, quod in re debita contingit: cuius nomine ut teneatur aut liberetur debitor, eædem caussæ sunt. Ac ne hic hæsitetur, alibi generaliter traditum est, casus fortuitos, seu damna quæ casibus fortuitis accidunt, a nullo præstari, aut ut alibi, nullo bonæ fidei iudicio præstari. *L. contractus, in fin. infr. de reg. iur. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod posterius idem valet, & omnia iudicia complectitur. Nam si hæc non præstantur etiam in bonæ fidei iudiciis: multo minus præstabuntur in strictis: cum indiciorum bonæ fidei plenior sit obligatio, nec tam liberatio facilis, ut postea intelligetur ex *L. & eleganter, §. non solum, supr. de dol.* His conditionibus si damni nomine non tenetur debitor: fit, ut rem non aliam debeat, quam qualis nunc est, cum est deterior. Quod si non debet: sequitur, ut cum talem dederit, in totum de re liberetur, quia solvit, quod debuit: ultra quod nec si vellet creditor, exigere potuisset. Solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mod. toll obl. in pr.* Hinc si de obligatione debitoris in hac re ex persona eius statuere volumus: licet intelligere, ut is re deteriore data non liberetur, exigendum esse, ut is fuerit, qui prius ob deteriorem factam teneretur. Quod ita fit, si aut ab eo res facta sit deterior; aut alieno quidem facto, sed post eius moram. Utroque enim modo pariter evenit, ut per eum fieri intelligatur, quominus rem integram daret. Atque hinc etiam illæ conditiones additæ diversis in locis. De mora debitoris hoc loco: *si quis post moram servum elufcatum dederit.* De facto debitoris alibi: veluti, *si debitor servum vulneraverit*, & similia, quibus res deterior efficitur. *L. qui sibi*, 33. *§. 1. infr. de sol. L. huiusmodi, §. ædes, infr. de legat. 1. L. Mævius, §. in fundo, infr. de legat. 2.* Singulæ quidem conditiones singulis locis ideo, quia per se singulæ ex persona debitoris sufficiunt; non autem ut una alteram excludat, quasi qui moram adiicit, hanc præcise requirat, & reiiciat debitoris factum sine ipsius mora; aut qui de facto eius dicit, sic id requirat, ut sine eo mora nihil obsit. Imo ex unius adiectione altera intelligatur: quia ad perpetuandam obligationem pariter idem valeat mora, & factum debitoris. Unde regula iuris ita concepta, Culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* ac verbum *culpæ* utrumque illud hic continet. *d. L. si servum, in pr. & §. sequitur.* Sed ut unum sufficit, ita plane, ut dixi, alterum exigitur. Quid est ergo, quod simpliciter dicitur in *L. 3. §. 1. commod* non videri, atque adeo proprie non esse rem commodatam redditam, quæ deterior reddita est, nec ulla ex superioribus conditionibus adiicitur? Et hoc sic interpretandum est: non videri rem redditam, quæ reddita est deterior quidem; non tamen deterior, quam accepta est, sed deterior, quam reddi debuit ea actione: ut hoc, *deteriorem reddi*, cum ex comparatione alicuius præcedentis rei dicatur, referatur non ad tempus contractæ obligationis, sed ad id, quod ex ea obligatione fieri debuit. Quod optimo sensu ab Ulpiano dicitur. Significat enim, si res iure obligationis reddi non debuit deterior, non ideo pro reddita habendam esse, neque ideo commodatarium eo nomine liberari, si eam naturaliter accipienti creditori reddiderit. Eodem modo intelligendum, quod de re deposita scriptum est in *L. 1. §. si res, infr. de-*

pos. si res deposita deterior redditur, quasi nec reddatur, agi depositi posse. Item, cum deterior redditur, posse dici dolo malo redditam non esse. Recte utrumque, dum intelligatur reddi res deterior, quam a depositario iudicio depositi reddi debuit: quod fit, cum eius dolo res deterior facta est. *L.* 1. *§. ult. infr. depos.*

Sit ergo prima hæc cautio, qua debitor rem deteriorem dando non liberetur, si & ante integram debuit, perpetuata adversus eum obligatione: dum aut culpa eius, aut post eius moram res deterior facta erit. Aliter debitoris detrimentum non est: & qui ante rem redditam aut datam damni incidentis nomine non tenebatur; sine dubio re data & a creditore accepta non tenebitur: cum semper plus sit, quod obiici possit creditori, qui solutionem admisit, quam qui non admisit. Atque
28 hæc ex persona debitoris. † Sed etsi res deterior facta sit post debitoris moram, aut culpa eius: est tamen etiam in facto creditoris, quamobrem debitor deteriore re data interdum liberetur. Quod contingit, si creditor, cum non ignoraret rem a debitore, aut post moram eius deteriorem factam reddi, volens acceperit. Unde rursum, quod dicitur debitorem, qui servum post moram, aut ab ipso deteriorem factum dederit, non liberari, sic accipiendum est: si creditori vitium rei aut debitoris culpam ignoranti solverit. Hoc Accursius scripsit hoc loco; sed nihil ad probationem attulit, & in eo ut in sententia parum certa non perseverat. Bartolus admittit, & tentat probare; sed nihil adfert satis idonei ad eam rem. Profert enim eas species, in quibus debitor, qui exceptionem habet, si se habere sciens, ea contempta, ultro solvat: placet eum non posse solutum repetere. *L. pen. supr. de cond. ob. tur. cau. L.* 2. *C. de his, quæ vi met. cau. gest. sunt.* Sed ideo in his caussis debitor repetitionem non habet, quia nec ab initio habuit, ideo quia noluit. Sciens enim se non teneri qui solvit, donare voluit: quam ob caussam solutum non repetit. *L.* 1. *supr. de cond. ind. L. cuius per errorem, infr. de reg. iur.* Hic agimus de eo creditore, quem constat prius actionem habuisse, ut sibi res integra præstaretur: de quo quæritur, an actionem remiserit, solutum accipiendo. Id vero prima fronte non liquet. Certe superioris exempli argumento non probatur: cum in eo appareat, eum qui solvit, hoc ipso donare voluisse: quod sciens se nullo iure cogi rem dedit. Id enim donatur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari, infr. de reg. iur.* Nihilominus tamen & hoc verum est, cum creditor rem deteriorem factam, & culpam debitoris in eo non ignorans, rem talem a solvente accipit, debitorem liberari. Re enim deteriore data, necesse est in eo datam videri, aut eam quæ debebatur, aut aliam. Si quæ debebatur: ideo liberatur debitor, quia solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Si aliam (ut aliam esse necesse est, si res non videtur reddita, quæ deterior redditur. *L.* 3. *§.* 1. *commod*) tamen etiam hic ideo liberatur, quia volenti solvit. Toties enim res pro re soluta liberationem præstat, quoties volenti solvitur, & fit in solidum accipientis. *L. si quis aliam*, 46. *infr. de solut.* Imo vero etsi alienam sciens acciperet, tamen & debitorem liberaret, & ne evictionis quidem nomine haberet actionem. *L. si fundum, C. de evict.* Denique qui rem aliquam, qualis est, solutionis nomine accipit sciens, ei voluntate sua satisfit, ac satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, D. de solut.* Non adversantur hi loci, in quibus simpliciter dicitur, eum qui eluscatum, vulneratum, aut aliter deteriorem a se, aut post moram factum servum accipienti dederit, non liberari, ut hic, *& l. & eleganter, §. non solum, supr. de dol l. qui sibi, §.* 1. *infr. de sol L. huiusmodi, § ædes, infr. de legat.* 1. Item non videri rem redditam, quæ deterior reddita est, eoque & veterem actionem durare. *L.* 3. *§.* 1. *infr. commod. L.* 1. *§. si res, infr. dep.* Hoc enim omne sic accipiendum est, ut dicitur in *d. L. qui sibi, §.* 1. *de sol.* ut nemo qui rem deteriorem dedit, reddidit, ideo dando liberetur: idest, ideo liberetur, seu liberetur hoc solo, quia hanc rem dedit, datam creditor accepit. Quod & verum est, & simpliciter recte dicitur, atque adeo recte in ea specie, de qua agitur. Neque enim qui deteriorem scienti dedit, ideo liberatur, quia dedit; sed quia creditori satisfactum est: seu quia voluntas & consensus creditoris accessit: qui consensus satisfactionem habet. Ita satisfactio debitorem liberat, non debitoris datio, aut acceptio creditoris. Satisfactum volenti creditori hinc apparet, quod debitor rem dans solutionis caussa, ita dat, ut eo facto obligatione liberetur: id enim solutio significat. Hoc autem modo accipiens creditor, si non errat, in eandem conditionem accipere, & contentus esse intelligitur. Arg. in

29 in *L. si creditores, C. de pact.* † Postremo ex genere etiam actionis accidit nonnunquam, ut qui rem deteriorem dedit, liberetur, quamvis superiora illa concurrant, quæ ad retinendam obligationem rei deterioris datæ facere diximus: idest, quamvis debitor ob deteriorem factam prius teneretur, & ipse eam ignoranti dederit. Id receptum est in strictis iudiciis, puta stipulatione, si debitor rem promissam deteriorem sine dolo malo dederit: quod fit, dum aut deteriorem esse ignorat, veneno puta ab aliis ei dato, quod nondum apparet; aut ut heres, iuste ignorat, utrum res talis promissa sit, an talis facta postea; & si postea, utrum casu id acciderit, an defuncti culpa, vel post eius moram. Colligitur id ex eo, quod scriptum est in *L. & eleganter, § non solum, supr. de dol.* Ubi si is qui servum debebat ex stipulatu, venenum ei dederit, & sic eum tradiderit: placet sic eum actione ex stipulatu liberari, ut sit adversus eum de dolo, & ita de dolo, ut hæc sit necessaria. Quo aperte significatur, si dolus aberit a debitore, sic eum liberari, ut nulla sit plane adversus eum actio. De actione ex stipulatu convenit inter omnes hanc non dari. Sed vulgo putant saltem in factum competere: quia in simili specie hæc detur in *L. exhibitionis, C ad exhib.* Quod & ipsum natura actionis de dolo satis refellitur. Nam si esset ulla actio alia, quam ex stipulatu, quæ competeret adversus debitorem, tunc cum sine dolo malo servum veneno corruptum dedit: ea daretur etiam adversus eum tunc, cum vitium non ignorans servum dolo tradidisset. Quandiu enim alia actio etiam in factum civilis aut honoraria, atque adeo quamdiu aliud remedium de re aliqua esse potest, tandiu actio de dolo, non datur. *L. 1. in pr. & §. ait, prætor, supr. de dol.* At dolo admisso datur de dolo. Unde intelligitur tunc saltem aliam actionem etiam in factum non dari. Proinde nec dolo remoto in eadem specie ulla actio etiam in factum dabitur. Et omnino qui de re deteriore soluta actionem de dolo dat, is in ea caussa, non tantum dolo admisso, sed etiam extra dolum omnem aliam actionem removet. Atqui adversus eum, qui in ea solutione nihil dolo fecit, constat de dolo actionem esse non posse. *L. 1. de dol.* Quod si nec de dolo est, nec alia ulla competit: fit, ut nulla: ac proinde ut ea solutione de-
30 bitor plane liberetur. † Attamen saltem actionem in factum hoc casu quis esse dixerit. Nam si quis in actione ad exhibendum rem exhibere iussus, eam deteriorem exhibuit, scriptum est in *d. L. exhibitionis, C. ad exhib.* si is facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committat, æquitatem exhibitionis perficere, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio adversus eum detur. Sed in ea specie omnia dissimilia: quibus efficitur, ne propter id rescriptum superior sententia in strictis iudiciis mutari debeat. Nam illic & de eo agitur, qui dolo rem deteriorem exhibuit: & ut posset locus accipi de eo, qui solum culpam in eo admisit; tamen quod in actione ad exhibendum dicitur, ad rem ex stipulatu debitam transferri non debet. Dico primum neminem posse in explendo præcepto exhibendi culpam committere, rem deteriorem exhibendo, nisi qui idem dolo malo deteriorem exhibeat. Nam si res ab ipso deterior facta est: aperte dolum committit & in re deteriore facienda & in exhibenda. Si ab alio post ipsius moram, siquidem scit tum deteriorem factam: & hic quoque dolo exhibet, qui sciens talem exhibet, quam integram exhibere debuit. Si ignorat, & exhibet ut scit, & potest: non sane dolum committit ita exhibendo; sed tum ne culpam quidem. Non quod non dici possit, culpam in eo commissam, quod moram fecit, ac per hanc culpam factum esse, quominus præceptum iudicis de exhibendo recte expleret; sed quod in ipsa exhibitione rei deterioris nihil culpa fecit, qui exhibuit, qualem potuit, nec putavit, aut caussam habuit cur putaret se aliam exhibere debere. Itaque in *d. L. exhibitionis*, aut illa verba, *culpam vel dolum*, sic accipienda sunt: quasi pro eodem posita sint, ac posterius subiectum sit prioris explicandi caussa: aut culpam solam commissam in præcepto exhibendi non explendo sic debemus interpretari: ut culpa in eo sit, quod res cum esset integra, non sit exhibita, non etiam quod culpam suam debitor sciens nihilominus rem deteriorem exhibuit: nam alioqui & in ipsa exhibitione dolus inesset. Sed ut dederim in ista rei deterioris exhibitione culpam admitti posse sine dolo: tamen idem dico, quod in actione ad exhibendum dictum est, ad actionem ex stipulatu transferri non debere. Actio ad exhibendum arbitraria est. *§. præterea, Inst. de act.* Finitima igitur bonæ fidei iudiciis; cum & in hoc genere, ut in illo, potestas sit iudici rem ex bono & æquo æstimandi. *d. §. præterea, §. in bonæ, de act.* Hæc æquitas iudicii facit, ut qui rem deteriorem exhibet, li-

eet culpa, non tamen liberetur; sed aut vetere actione teneatur, si potest; aut si non potest, directa, quia rem iam ante satis exhibuit, teneatur utili, quæ illic appellatur in factum: de quo postea nonnihil amplius. Et hoc est, quod in *d. L. exhibitionis*, eum dicitur, eum qui culpa aut dolo rem deteriorem exhibet, actione in factum teneri: non simpliciter dicitur, sed adiicitur, *æquitatem exhibitionis*, idest, iudicii ad exhibendum, in quo æquitas dominatur, *id perficere*. Dissimilis natura strictorum iudiciorum, quæ si in hac liberatione recte separantur a bonæ fidei iudiciis propter iudiciorum æquitatem, ut postea dicemus, cum de genere liberationis agetur: recte fit, si eadem ratione æquitatis distinguuntur eodem modo ab arbitrariis. Actione in factum detracta adversus eum promissorem, qui sine dolo malo rem deteriorem dedit; si neque actione de dolo tenetur, qui dolum non admisit, neque vetere actione ex stipulatu, quam sublatam esse placuit: (quamobrem, de eo postea) sequitur, quod dixi, eum qui in hoc genere actionis ita rem deteriorem dedit, omnimodo liberari. Nihil dicitur adversus hanc sententiam aut in hac *L.* 3 *de cond. trit.* aut locis similibus, in quibus traditur, debitorem rem deteriorem dando liberari; nec quidquam de dolo dantis exprimitur. Aut enim id respondetur in bonæ fidei iudiciis, veluti commodato, deposito. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res dep.* Quibus in iudiciis nec vetere actione liberatur, qui rem quam integram debuit, deteriorem reddit, ut postea dicetur; aut respondetur in actione ex testamento, quæ in hac re superioribus similis est: *L. huiusmodi*, §. *ædes*, *de legat.* 1. *L. Mævius*, §. *in fundo*, *de legat.* 2. aut si dicitur in strictis iudiciis, dicitur nominatim de eo promissore, qui aut ipse rem deteriorem fecit, ut in *d. L.* & *eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol. L. qui sibi*, §. 1. *infr. de sol.* aut servum forte ab alio eiusdem dedit, elusum tamen post moram suam, ut hoc loco. Quorum nihil facile ignorare debitor potuit: ut si in hac scientia rem deteriorem ignoranti creditori dedit, nihil dici possit, cur non dolo dederit. Atque hinc rursum intelligitur, qua conditione pro genere actionis dicendum sit, debitorem, qui rem deterio-
31 rem dederit, non liberari. † Quæ si omnia in unam definitionem conferantur, recte ita dicemus: si debitor rem deteriorem dederit, eum non liberari, ex bonæ fidei quidem iudicio his conditionibus duabus: si & ipse ob rem deteriorem factam prius tenebatur, & eam ignoranti dedit; ex stipulatu autem, si ad superiores conditiones hæc etiam accedat, ut dederit ipse sciens & dolo malo. Cæterum si aut non tenebatur prius eo nomine; aut scienti & volenti dedit; aut actione ex stipulatu debitam dedit ignorans & sine dolo: singula sunt eiusmodi, ut in his omnibus liberetur, neque tamen in iis quidquam aut huic loco aut similibus contrarium dicatur.

Postquam debitorem, qui rem deteriorem dedit, supra scriptis conditionibus non liberari constat, sequitur, videamus, qui adhuc tenetur, qua actione teneatur: de quo & ipso, ut dixi, varie scriptum est. Et ut in liberatione ipsa, sic in modo liberationis distinguuntur in hac specie iudicia bonæ fidei, & his quædam similia a strictis. † Qui rem bonæ fidei iudicio, 32
puta ex venditione, aut depositi caussa, debitam vitio suo deteriorem ignoranti tradit, is nullo modo, ac ne vetere quidem actione liberatur. Ideo vetus actio creditori integra est, qua nihilominus de eadem re recte, ut ante, experiatur. *L.* & *eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol. L.* 1. §. *si res*, *infr. dep.* Quod respondetur hac ratione, quia non videatur eadem res tradi reddive, quæ deterior quam debuit, traditur. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res*, *depos.* Idem receptum in re legata. Ut si homo legatus ab herede vulneratus, aut debilitatus datus sit: placet ita non liberari heredem, ut duret adhuc ex testamento actio, qua recte agatur. *L. huiusmodi*, §. *ædes*, *infr. de legat.* 1. *L. Mævius*, §. *in fundo*, *infr. de legat.* 2. Actio quidem ex testamento stricti iuris est: *L.* 5. *vers. plane*, iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* sed ea, cui fere ea tributa sint, quæ actioni bonæ fidei, cum agitur de coercendo herede, quo voluntati heredis citius pareat, ut declaratur in *L. in minorum*, *C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* & hoc propter favorem supremarum voluntatum, quas publice expedit exitum habere. *L. vel negare*, *infr. quem. test. ap. L.* 1. *C. de sacros. eccl.* † Alia 33
conditio actionum stricti iuris, excepta actione superiore ex testamento. Nam qui hominem ex stipulatu debitum culpa sua deteriorem ignoranti dedit, non alia actio in eum datur, quam de dolo. Certo argumento, eum actione ex stipulatu priore semper liberari: quia si hæc maneret, non esset de dolo. Hoc in *d. L.* & *eleganter*,

ter, §. *non solum*, *supr. de dol.* An non ergo iam id contrarium huic loco, in quo generaliter definitur: *si quis post moram servum elusçatum dederit, nec liberari eum?* Minime. Aliud est enim non liberari aliquem actione; aliud simpliciter non liberari. Liberatur quidem promissor vetere actione ex stipulatu; at simpliciter non liberatur, qui de eadem re adhuc tenetur. Teneri autem volumus, si non priore actione, at certe de dolo, quod ad retinendam eiusdem rei obligationem sufficit. Sed videndum, quam recte in hac liberatione iudicia ista distinguantur. Quod quidem nullo modo fieri posse videtur, cum quod de uno genere statueris, eiusmodi sit, quo diversa sententia ut contraria in altero evertatur. Cur enim dicitur, in bonæ fidei iudiciis non liberari eum ullo modo, qui rem deteriorem dedit, puta emptam tradidit, commodatam aut depositam reddidit? Nempe ideo, quia proprie dicitur res non reddita, quæ deterior redditur, ut est in *d. L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. § *si res*, *infr. dep.* Si hoc ita est: licet & de re promissa idem dicere, non videri videlicet servum promissum dari, qui deterior datur. Quod si non datur: quid superest, nisi ut dicamus idem, quod supra: nimirum non soluto eo, quod promissum est, idem adhuc deberi, & veterem actionem quæ stipulatione sublata non sit, semper manere? Et plane hoc consequens est. Dices non ita esse, ut proprie videatur res non reddita, quæ deterior redditur: & vere non ita est. Servus enim vulneratus aut debilitatus, etsi non eadem qualitate aut constitutione corporis, nihilominus idem est servus, qui prius fuerat, quique ante debebatur; quia cuius rei species eadem consistit, res quoque eadem existimari debeat, quamvis sæpe commutatis partibus, ut eleganter disserit Alfenus in *L. proponebatur*, *supr. de iud.* Quo fit, ut qui promissum hominem deteriorem dedit, secundum regulas iuris liberetur: quia *solutione eius quod debetur, obligatio omnis tollitur*. Inst. *quib. mod. tol. obl. in pr.* At isto modo conantes liberationem superiorem in strictis iudiciis statuere, negamus de re deteriore, quod prius de ea affirmabamus. Dicebamus enim non videri rem dari, quæ deterior data esset. Nunc contra dicimus hanc ipsam nihilominus datam videri, & inde contingere liberationem. Quæ cum in eadem re dicantur, quocunque in iudicio dicuntur: tamen aientia & negantia videri necesse est, quæ simul vera esse non possint. Et essent eiusmodi re vera, si uno modo diceretur res deterior in his iudiciis eadem, aut non eadem.

Sed sciendum est, unam † eandemque 34 rem debitam, quæ deterior facta sit, recte dici & eandem, quæ in obligationem deducta sit, & rursum non eandem, diversis rationibus: quarum rationum una spectetur in bonæ fidei iudiciis, altera in strictis, natura earum actionum ita exigente. Corpus ipsum & speciem si spectamus, eadem res est, etiam quæ est deterior. Utilitate atque usu si rem æstimamus, proprie non est eadem. Prius spectamus in stipulationibus: corpus dico & speciem rei promissæ, utilitate semota: quia in his tantum debetur, quantum verbis comprehensum est. *L. quia*, *supr. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de ob. ex cons.* Stichus autem aut fundus certus tantum promissus hic proponitur. Ideo fundo promisso, placet fructus non venire, ne post moram quidem. *L.* 3. §. 1. *infr. de act. em. L. videamus*, §. *si actionem*, *infr. de usu.* In bonæ fidei iudiciis utilitatis rei etiam ratio habetur: quia est ex bona fide, quia ex æquo & bono: cuius in his iudiciis præcipue ratio ducitur. Unde in his etiam fructus ex mora accedunt, atque adeo etiam usuræ; aliter atque in actione ex stipulatu. *L. mora*, §. *in bonæ*. *L.* 3. *infr. de usu.* Si quid autem est in utilitate rei, est eius æstimatio, quæ re deteriore facta minuitur. Hæc ratio diligenter notanda est: quæ animadversa etiam discrimen illud expediet, quod iam ante inter hæc iudicia in liberatione rei deterioris solutæ ostendimus: ut diceremus in bonæ fidei iudiciis, si debitor rem sua culpa deteriorem reddidit, & sine dolo malo, tamen eum non liberari; in strictis iudiciis contra, ex *L. & eleganter*, §. *non solum supr. de dol.* Quippe in illis post moram utilitatis ratio habetur. *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* Ea utilitas si spectatur: iam dixi non videri rem reddi, quæ deterior redditur. Quo fit, ut nec sequatur ulla ex parte liberatio. In strictis autem iudiciis sola res debetur; utilitas non venit, ne ex mora quidem. *d. L.* 3. §. 1. *de act. em.* Quæ res rursum facit, ut si res deterior data sit, quocunque animo data sit, liberatio contingat; quia solutum est, quod debebatur. Reo autem vetere actione liberato, non potest is de eadem re actione nova teneri, nisi sit de dolo. Finge dolum a solvente abesse; dicendum erit, eum actione ex stipulatu, qua prius tene-

tenebatur, liberatum, in totum liberari. Nullane ergo alia erit actio, quæ in hac specie detur adversus eum, qui deteriorem rem solvit, quam aut vetus, ut in bonæ fidei iudiciis, aut in strictis de dolo? Apparet ex superioribus, in actionibus in personam nullam esse: cum necesse sit rem quæ deterior data est, videri aut non datam, aut datam esse: ac priore casu maneat vetus actio; posteriore tollatur: eaque sublata nulla superlit actio, nisi de dolo adversus eum, qui decepit.

85 Quid est ergo, quod † vetere sublata in eadem re, datur in factum, in *L. exhibitionis, C. ad exh.?* In actione ad exhibendum id placuit adversus eum, qui exhibere iussus rem deteriorem culpa sua aut dolo exhibet. Ut actio ad exhibendum arbitraria est, *§. præterea, Inst. de act.* idest, interiecta inter actiones bonæ fidei & stricti iuris: *§. actionum autem, & d. §. præterea, de action.* ita non abs re in ea circa hanc speciem media quædam via inter superiores actiones electa est, ut neque hic reus plane teneretur vetere actione, ut ante: neque rursum plane liberaretur, quamvis non nisi culpa, non etiam dolo rem deteriorem exhibuisset. Commune hoc cum strictis iudiciis in eo rescripto observare licet, quod si exhibere iussus rem deteriorem exhibet, quamvis non culpa tantum, sed etiam dolo id faciat, tamen placet amplius ad exhibendum agi non posse: ut intelligamus reum vetere actione, qua cum eo actum erat, liberari: quod non alia ex re fit, quam quod exhibita res videtur, quæ petita est, quamvis exhibita sit deterior. At rursum vi ipsa non liberatur: placet enim reum exhibitionis necessitate adhuc teneri, ut rescriptum loquitur, etsi culpa non exhibuerit rem integram: sed & ita teneri, ut nec de dolo actio sit necessaria, quamvis dolo malo deteriorem exhibuerit. Quod iam illi actioni cum iudiciis bonæ fidei commune est: in quibus qui deteriorem rem dat, tenetur absolute, etsi culpa id faciat: & si de actione quæritur, tenetur alia, quam de dolo. *d. L. & eleganter, §. non solum, supr. de dol.* In quo ergo media illa via est, quam dicimus, aut quomodo inter ista convenit, ut eum, qui deteriorem rem iussus exhibet, liberatum vetere actione dicamus, & simul non liberatum? Medium in eo est, quod neque vetere actione ad exhibendum tenetur, ut in bonæ fidei iudiciis, neque rursum de dolo, ut in strictis; sed est actio in factum, qua plane idem consequitur etiam tunc, cum reus *in explendo præcepto iudicis culpam tantum commiserit.* Non tenetur vetere actione: quia subtilitate iuris, & vi verborum res petita exhibita est, cuius corpus & species exhibita est, etsi deterior. Quam rationem in hoc iudicio aliquo modo spectari, naturæ actionis convenit: non enim bonæ fidei est, ut omnia plane contemptis verbis, & subtilitate iuris ex bono & æquo æstimentur. Rursum tamen est in factum actio, quæ idem præstet, etiam superiore conditione: quia etsi summo iure liberatur, qui ita rem exhibet, æquitatis tamen ratio aliud suadet, quæ vult aliam rem videri, quæ utilitate & æstimatione alia est. Atque hanc æquitatis rationem actionis ad exhibendum natura ex parte admittit: quippe quæ, ut dixi, arbitraria est. In quo genere si non per omnia eadem potestas iudicis est, quæ in bonæ fidei iudiciis: at certe est hactenus, ut in his quam proxime res ex bono & æquo pendatur. *d. §. præterea, Inst. de act* Hanc caussam esse exhibitionis necessitatis retinendæ, & huius actionis dandæ eodem effectu, eo rescripto aperte declaratur. In quo diserte scriptum est, quod actione ad exhibendum sublata, saltem actio in factum datur etiam adversus eum, qui culpam in explendo præcepto committit, eo fieri: quia *æquitas exhibitionis id exigat:* exhibitionis, idest, actionis ad exhibendum, qua exhibitio petitur & iniungitur. Est enim, ut dixi arbitraria: quod genus istam æquitatem postulat. *d. §. præterea. L. 4. §. ult. in fin. infr. de eo, quod cer. loc.* At unde hæc actio in factum adversus eum, qui dolo nihil fecit, cum in eo neque contraxerit cum actore, neque deliquerit id, unde actio ex sententia legis Aquiliæ nasceretur? quid enim, si damnum datum est ab alio? Est actio in factum ex eadem caussa, ex qua ad exhibendum. Imo vero hic non alia actio intelligi debet, quam ad exhibendum: ne quis alias caussas huius actionis requirat. Actio illa quidem non directa ad exhibendum, at utilis: in personam tamen, non ex possessione adversarii nascens, ut directa; sed ex eius facto, idest, ex eo, quod is male exhibuit. Directam non esse significatur, cum dicitur ad exhibendum agi non posse. Actio enim ad exhibendum directa est. At ad exhibendum saltem utilem competere necesse est, si adhuc reus exhibitionis necessitate tenetur, ut vult rescriptum, & propter æquitatem iudicii alia datur, quam vetus. Ea enim utilis est, quæ vetere deficiente, stricto iure propter æquitatis rationem datur, ut

est

est in *L. pen.* quæ sequitur, *d. L. exhibitionis, C. ad exhib. L. cum res, C. si al res pig dat. sit*. Non moveor, quod simpliciter dicitur agi hic non posse ad exhibendum, non autem directa ad exhibendum; & dari actio in fa-
36 ctum, non autem actio utilis. † Nam ita usus iuris est, ut actio depositi, ex empto, ad exhibendum, & similes absolute dicantur, quæ sunt directæ, non quæ utiles: quæ autem utilis est actio, ea sæpe dicatur in factum. Quod clarius intelligitur in actione legis Aquiliæ, seu damni iniuria ex lege Aquilia. Hæc enim multis in caussis simpliciter competere negatur, in quibus datur ex sententia eius legis in factum, seu utilis. Ubi apparet legis Aquiliæ actionis verbo non aliam intelligi, quam directam, quæ actioni in factum, & utili opponitur: ut in *L. item Mela, §. item cum eo, L. si servus, § si quis infr. de manumis L. si servum, §. ult. supr. ad leg. Aq* Quod attinet ad utilem actionem, & in factum, quæ non ex verbis, sed ex sententia eius legis dantur: etsi hæc subtiliter distinguuntur interdum, ut in §. *ult. Inst de leg. Aq* tamen frequentius confunduntur hæ appellationes apud veteres: & quæ ibi dicitur utilis, ubi quis non corpore suo damnum seu damni caussam dedit, ea non minus alibi dicitur in factum in iisdem caussis, ut in *L. item Mela, § 1. L. si servus, in fin. L. quemadmodum, §. si navis, in fin. L. si quis fumo, in pr. L. boves, supr. ad L. Aq.* Et generaliter ita scriptum est in *L. si servum, §. ult.* eod. tit. *In damnis quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* Ubi clarum est, *lege Aquilia non teneri* dici, qui non tenetur actione legis directa; verbo autem actionis in factum contineri omnes, quæ dantur ex sententia eius legis, etiam quæ dicuntur utiles in *d. §. ult. de leg. Aq.* Ac ne res auctoritate egeat, quam actionem in factum Ulpianus vocat in *L. si vero, §. si filio, infr. mand.* hanc Africanus in eadem specie utilem mandati appellat in *L. quidam, 46. infr. de hered. inst.* Ne sit igitur novum in *d. L. exhibitionis*, actionem in factum dici, quæ sit utilis: atque hanc intelligi, quæ sit ad exhibendum: cum & hoc, ut dixi, verba rescripti ostendant, cum dicatur reus & post exhibitionem rei deterioris teneri necessitate exhibitionis, & ad eam rem detur illa actio in factum. Quoniam autem datur hæc actio æquitate iudicii suadente, etiam ob culpam eius, qui rem deteriorem exhibuit: recte visum est, eandem actionem generaliter in hac caussa proponi, ut sit etiam adversus eum, qui dolum in ea exhibitione admisisset, non autem actio de dolo. Nam quandiu alia actio esse potest vel utilis, seu in factum, tandiu de dolo non competit, *L. 1. §. ait, supr. de dol.*

† Restat, videamus, cum re deteriore 37
data non liberabitur debitor; sive tenebitur vetere actione, ut in bonæ fidei iudiciis, & actione ex testamento, sive de dolo, ut in stipulatione; sive in factum, ut in actione ad exhibendum re deteriore exhibita: qua de re & ad quid actio competat. Et cum perinde habeatur, quasi res data, reddita, exhibita non esset: perspicuum est, actionem esse in hoc, ut eadem res adhuc peti possit. Id enim fieret, si res quæ debetur, data omnino non esset. Quod & indicatur in *L. 1. §. si res, infr. dep. L. etiam, infr. de sol.* Sed petitio huc spectat, ut actor consequatur, quod sua interest: quod si præstatur, reus absolvendus est. *L. 3. §. 1. infr. commod.* Proinde si in totum interest, rem non habere, ut quia venenum servo datum est, fundus legatus ab herede religiosus factus: totius rei præstabitur æstimatio. Quæ referetur ad id pretium, quo potuit antequam res deterior facta est, æstimari. *L. Mævius, §. in fundo, infr. de legat. 2.* Sin rei æstimatio imminuta est tantum, non usus ademptus: ad hoc solum proficiet actio, ut præstetur, quo res deterior facta est. Quo præstito, absolutio sequetur, ut hic significatur in *versic. præcedenti*, & in *d. L. 3. §. 1. commod.*

Ad L.

Ad L. Si res. ult.

Caius *lib.* 8. ad Edictum provinciale.

Si res aliqua, quæ certo die dari debebat, petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æſtimandam, Caſſius ait, quanti fuiſſet eo die, quo dari debuit. Si de die nihil convenit: quanti tunc cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco eſſe: ut primum æſtimatio ſumatur eius loci, quo dari debuit: ſi de loco nihil convenit: is locus ſpectetur, quo peteretur. Quod de cæteris rebus eiuſdem iuris eſt.

RESponſum plane idem, quod in *L. vinum, ſupr. ſi cert. pet.* Ita quod de eius ſententia illic dictum eſt, etiam de huius dictum eſt.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.

AD TIT. DIG. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

S U M M A R I A.

1. De eo quod certo loco, *ubi*; *& cur propria actio*; *& cur titulus inter condictiones*.
2. *Quæstiones de eo quod certo loco propriæ*; *quæ magis ad iudicium recte instituendum pertinent*.
3. *Hic titulus cur postremus inter condictiones*.
4. *Tituli partitio*, *& summa*.

QUOD CERTO LOCO dari promissum est (nam de huiusmodi conventione magna ex parte hic agitur. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *infr. eod.*) de eo condictio est. Si certum promissum: certi, & extra pecuniam numeratam triticiaria, si incertum: triticiaria. Et si quidem eo loco petatur, quo promissum est, non est nova actio, diversa ab eo, quæ ex omnibus aliis stipulationibus certis aut incertis competit: si quidem hoc modo petitur id, quod promissum est, & ita ut promissum est. Ut si de eo tantum hic ageretur, nihil necesse esset novam tractationem de hac stipulatione, deque actione quæ inde datur, instituere; sed sufficeret rem remittere ad condictionem certi, de qua actum est sub *Tit. si cer. pet. L. certi*, & ad condictionem Triticiariam, de qua in *L.* 1.
1 *supr. prox. tit.* † Sed si petatur promissum alio loco: quemadmodum placuit utilitatis caussa, etiam in eum locum actionem dari; ita æquitate cogente visum est novam dari: novam non genere actionis, quia & hic certi condictio est, certis rebus promissis; aut Triticiaria, incertis: sed actionis qualitate, quia hic datur & utilis & arbitraria. *L.* 1. *L.* 2. *in pr. hic*. Quamobrem & in hanc partem actio proprium tractatum desiderat. Quod ergo hic propria actio constituta est, hinc & de ea actum separatim. Quod autem & hæc actio condictio est, hinc factum, ut de ea ageretur in hoc argumento condictionum: communione nominis hanc actionem cum præcedentibus coniungente. Quæ una esse videri potest huius tituli hoc loco collocandi caussa. † Nam 2
si rem de qua agitur, & caussam actionis spectamus, nihil hic res & genus caussæ cum præcedentibus generibus habet commune: magisque tota hæc quæstio atque hic titulus ad iudicia seu ad iudicium recte instituendum, quam ad contractus & obligationes pertinet. Quod initio intelligi, ut ad rem ipsam, ad argumentum atque usum huius tituli cognoscendum conducet: ita efficiet, ne ex hac collocatione aliquid erroris in re ipsa nascatur, quasi titulus cum præcedentibus aut sequentibus aliquid in re coniunctum habeat. Simul etiam rationem expediet variæ collocationis huius argumenti: quod in Codice *Lib.* 2. & in *Inst. de act. §. loco*, in diverso genere rerum tractatum videmus. Cum ergo certo loco dari, quid promissum est, puta Ephesi: observandum est, nihil hic quæri proprie de stipulatione, an valeat; nihil de actione, an, & quæ nascatur: si, ut quid promissum est, ita petatur. Commune hoc cum aliis stipulationibus, ut & stipulatio pariter valeat, & si eodem loco petitur, recte agatur, fitque eadem actio, quæ ex cæteris,

ris: puta aut condictio certi, aut ex stipulatu, aut generalis illa Triticiaria. Sola hæc propria quæstio huius stipulationis: An quod ex conventione certo loco dari debet, id alio loco peti possit; & si potest, qua conditione. Ac prius fieri posse non videbatur, cum ob alias caussas, de quibus in *L.* 1. tum quod essent ex contractu duo tantum hæc loca, maxime ad aliquem conveniendum constituta, ubi contraxit, & ubi domicilium habet. *L. heres*, §. 1. *supr. de iudic.* Porro cum quid certo loco dandum est, placet contractum intelligi non eo loco, quo negotium gestum est, sed quo pecunia est solvenda. *L.* 3. *infr. de reb. auct. iud. poss.* Sed tandem placuit etiam alio loco de eo agi posse. *L.* 1. *hic:* ubi pluribus ius hoc totum explicabitur. Quæstio & locus, ut apparet, plane ad actionem recte instituendam pertinens, & ad eam partem iurisdictionis, in qua quæritur, ubi quis agere vel conveniri debeat. Qua ratione recte factum est in Codice, quod hic titulus in argumentum de iurisdictione & foro competenti relatus est, & ad superiorem dubitationem accommodate ita conceptus: *Ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.* Iam vero priore iure recepto, incidebat res in difficultatem. Videbatur enim id ius adversari iuri De plus petitionibus constituto. Nam quod certo loco promissum est, id petere alio loco, nihil aliud est, quam loco plus petere: quod olim salva actione facere non licuit. § *si quis agens*, §. *loco*, *Inst. de act.* Quare quod proximum erat, huic incommodo occurrendum fuit. Et occursum est, constituta in eam rem arbitraria actione, qua placuit sic alio loco agi posse, ut id fieret, adiecta alterius loci mentione, atque eius utilitas reo conservaretur. *d. L.* 1. *C. ubi conveniat. qui cer. loc. dar. promis. d.* §. *loco*, *Inst. de act.* Atqui & hæc ipsa pars, etsi per se spectetur, ad iudicii & actionis institutionem non minus pertinet. Huc enim spectat, ut efficiatur hoc modo recte agi; recte hoc modo actionem concipi, ne qui agit, plus petere videatur. Qua de caussa rursum & in ea quæstione, quæ est de plus petitionibus, expositus est hic locus a Iustiniano in *d.* §. *loco*, non tantum apte, sed etiam necessario: cum quod illic dicitur, eum qui alio loco petit, plus petere videri, verum non sit sine hac exceptione seu moderatione: extra quam si alio loco arbitraria actione, quæ in eam rem comparata est, agatur. Sunt ergo duæ hæ summæ quæstiones huius stipulationis propriæ, ac totidem iuris de eo constituti partes summæ, in quibus hoc argumentum versatur: una de facultate alio loco petendi, quod certo dari promissum est, altera de conveniente in eam rem actione, ne utilitas debitoris plus petendo offendatur. Quarum utraque quam potius ad iudicium & actionem alio loco recte instituendam pertineat, cum ex re ipsa, tum ex huius argumenti aliis in locis collocatione animadverti puto. Sed tamen quia hæc actio omnis, quæ hic comparata est, ex ista stipulatione datur: etiam ad contractus referri potest; tantummodo ut ne in hac re id quod in contractu est, sed quod extrinsecus ad facultatem alio loco agendi datur, spectetur. Et quia ad hunc quoque casum porrigitur condictio, quæ recto iure ex stipulatione competit: est cur actio referatur etiam inter condictiones. Veruntamen fatendum, si ad contractum referri placeat, non ad alium referri debere, quam ad stipulationem, de qua sub *Tit. de verb. oblig.* Si inter condictiones, ut hoc loco: magis communione nominis id fieri, ut dixi, quam quod res de qua hic agitur, magnopere id ferat. Neque enim verum est, quod Accursius ait, hunc titulum cum præcedentibus hoc coniuncti habere, quod condictiones præcedentes præter conventionem introductæ sint; similiter & actio arbitraria, *De eo quod certo loco:* cum ex præcedentibus pleræque etiam ex contractu competant, ut condictio certi, & triticiaria, nec minus speciales illæ, condictio indebiti, & ob caussam datorum. Nec si verum sit, omnes præcedentes præter conventionem dari: id satis est ad huius tituli coniunctionem. Alioqui admittemus etiam hoc loco coniunctim dici potuisse de Ædilitio edicto, de actione rerum amotarum, de actione adversus mensorem, de precario, & similibus innumeris, utpote ex conventione aperta non nascentibus; attamen re & caussis obligationis nihil inter se commune habentibus. † 3
Quod inter condictiones hæc condictio postremo loco posita est post condictionem triticiariam, non omnino abs re est. Accipit enim hæc species stipulationis ex præcedentibus condictionibus, in rebus quidem certis condictionem certi; in incertis autem triticiariam: ut merito debuerit post utramque collocari. Nam ut dicamus, quod quidam, coniungi has condictiones, quia recte iungatur condictioni arbitrariæ alia condictio arbitraria, iis convenit, qui triticiariam arbitrariam esse volunt: quod falsum esse superiore titulo suo

suo loco ostendi. Quanquam hoc concesso, ne sic quidem idonea ratio esset ista coniungendi. Neque enim actiones omnes arbitrariæ, quia tales sunt, ideo unum in locum conduci solent, atque adeo conduci absurdum est, si dissimilibus ex caussis nascantur. Alibi de actione, quod metus caussa, alibi de rei vindicatione, alibi de actione ad exhibendum, alibi de interdictis restitutoriis, & aliis innumeris actionibus actum est. Hæc varie: prout erant videlicet non qualitas actionis, sed caussæ, quæ eas actiones cum prioribus aut posterioribus coniungebant, aut ab iis disiungebant. Quemadmodum nec quæ bonæ fidei sunt, uno ordine & contextu tractari solent; sed & in his proponendis caussarum, de quibus agitur, ratio habetur, ac pro earum affinitate & dissimilitudine ita locis & tractatibus aut coniunguntur inter se, aut separantur. Hæc de collocatione huius tituli paulo diligentius, non tam ideo, ut collocationis eius quæ hoc loco est, redderetur ratio, quæ in hoc genere sæpe compositoribus defuit, & dum res intelligatur, magnopere requirenda non est: quam ne hæc ipsa collocatio propter coniunctionem locorum etiam coniunctionem rerum ostentans, in eo ipso nos falleret. Quod consequi aliter non potuimus, quam si indicaretur id, quod huius loci proprium est: ex quo ut de re ipsa, ita & de vera collocatione ipsius rei cum hoc loco, tum in aliis aliam collocationem sequutis, statueretur.

4 † Nunc dicam de re ipsa, ac quæ sit sententia & partitio huius tituli, initio breviter indicabo. Cuius summa paulo pluribus exposita in §. *loco*, *Inst. de act.* commodissime comprehensa est in *L. unica*, *C. ubi conven qui cer. loc. dar. promis.* his verbis: *Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione & in alio loco potest conveniri: in quam venit æstimatio, quod alterutrius interfuit, suo loco potius quam in eo, in quo petitur, solvi.* Ius edicto constitutum, non legibus, aut aliis partibus iuris, ut ostenditur in *d.* §. *loco*, *in fin. de act.* In hoc iure multa incidunt, quæ quærantur: quorum explicatio hoc titulo continetur. Itaque hic titulus eius iuris & summæ explicatio est. Quam ut facile & sine errore videre ac complecti liceat, eius definitionis capita summa observanda sunt, & quid unumquodque postulet, considerandum, ac quod cuiusque proprium est, ad id referendum. Apparet autem, quod supra dixi, ut in ea petitione de qua agitur, duæ sunt quæstiones, ita iuris de ea constituti duas partes esse: unam de facultate alio loco petendi, quod certo loco dari promissum est; alteram de actione in eam rem constituta, quæ sit, & qualis. Facultas hæc est: quod certo loco dari promissum est, id & alio loco petere licere: quod ius pro certo accipitur in *L.* 1. *hic*. Actio in eam rem arbitraria, quæ & utilis dicitur in *d. L.* 1. De facultate alio loco petendi hæc quæruntur. Primum fueritne iusta caussa huius actionis inducendæ, cuius potestas iuri & æquitati repugnare videtur. Deinde si recte constituta est, quam late pateat hoc ius: idest, an ex omni conventione liceat petere eodem modo; an liceat statim, & quando; an liceat quovis alio loco sine discrimine. Ratio huius actionis exposita in *L.* 1. ex qua conventione sit hæc petitio, est in *L.* 2. §. 1. *L.* 5. & 2. *seqq.* Quando liceat alio loco petere, in *L.* 2. §. *qui ita*. An liceat alio quovis loco, de eo nusquam diserte hoc titulo. Attingetur a me ad *L.* 1. De actione quæritur, cur dicatur utilis, de quo in *L.* 1. cur arbitraria, & quæ sit conditio & potestas eius actionis. De quo dicam ad *L.* 2. *in pr.* Agitur autem fere reliquo titulo, maxime autem in *L.* 3. & 4.

Ad L. Alio loco. 1.

Caius *lib.* 9. ad Edictum provinciale.

Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.

S U M M A R I A.

1. *Caussa inducendæ actionis alio loco, de eo quod certo loco dari debuit.*
2. ad suum pervenire *quid.*
3. *Ratio Caii hoc loco discutitur.*
4. *Cur utilis, quæ alio loco agitur, & quid sit utilis, quid directa.*
5. *Actio utilis de eo quod certo loco, & ipsa condictio est certi, aut triticiaria.*
6. *Alio loco cum agitur, an possit agi alio quovis.*

De eo quod certo loco dari promissum est, tria complectitur Caius hoc loco: de eo nimirum comparatam esse actionem, ut id alio loco petere liceat; iustam caussam fuisse huius comparandæ; eam actionem esse utilem. Comparatam esse actionem in eam rem constabat ex edicto, quod ipse interpretabatur, cuius mentio est in §. *loco, in fin. Inst. de act.* quod & nobis non tantum ex hoc loco, sed & ex aliis in quibus id ex professo tradi*tu*, multo magis certum est. *d. L.* 1. *C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis. & d.* §. *loco, de act.* Ideo hic non laborat, sed solum id attingit, quod in iure constituto quærendum fuit, quam recte fuerit constitutum, ne aut nulla necessitate, aut certe inique ius a prætore de ea re propositum videretur: tot enim fuerunt, de quibus hic initio potuit dubitari. † Ac primum quæri potuit, quid fuerit necesse, hanc actionem proponere, cum ex ista stipulatione iure civili actionem esse c[illegible]aret? His Caius occurrens ostendit, actionem fuisse, si quis secundum formam stipulationis eodem loco ageret; at ut peteretur alio loco, non fuisse agendi facultatem. Quo innuitur, si quis in eam rem actionem esse vellet, non supervacuam actionem, sed necessariam fuisse. Sed non est satis ad actionem aliquam proponendam, nullam ante de ea re fuisse, nisi etiam iure ea actio proponi debuerit. At hic non modo ante edictum alio loco agendi facultas non fuit, sed nec videbatur ea facultas competere, inquit Caius: atque adeo ne nunc quidem videtur competere debere, ut nec in eam rem proponi actio potuerit, nisi iniuria. Argumenta hæc sunt. Non potest peti, quod non debetur: cum non sit actio, nisi ius persequendi eius, quod nobis debetur. *L. nihil, infr. de obl. & act. Inst. de act. in pr.* Quod autem certo loco dari promissum est, id alio non debetur, quia extra stipulationem est. Quinimo cum reus certum locum, ubi solvere deberet, stipulatori concessit, hoc ipso cætera ubi cogi posset, excepisse videtur. Arg. *L. maritus in fi. C. de proc. L. si cum dotem, infr. sol. mat.* Proinde alio loco peti non potest. Item: Non debet quod debitori quæsitum est, ei invito auferri. *L. ult. supr. de pact.* At cum quid certo loco dari promissum est, quæsitum hoc est debitori, ut constituto loco posset solvere, si vellet. Quare hæc utilitas & commoditas solvendi alterius loci petitione ei adimi non debet. Hæc dictat æquitas, etsi iure aperto hic destitueremur. Nunc autem & iuris ratio idem efficit, ne de eo quod quis certo loco se daturum promisit, alio loco possit conveniri. Quod enim supra initio attigi, duo tantum loca sunt, in quibus iure conveniri quis possit ex contractu: ubi domicilium habet, & ubi contraxit, seu gessit quid, unde obligatio oritur. *L. heres,* §. 1. §. *pen. supr. de iud. L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *infr. de reb. auct. iud. poss.* Cum autem certo loco dari quid promissum est, contractum accipitur non eo loco, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia. *d. L.* 3. *de reb. auct. iud. pos. L. contraxisse, infr. de obl. & act.* Unde & iure extra domicilium is solum locus est, ubi quis conveniri & se defendere debeat. *d. L.* 1. 2. & 3.

& 3. de reb. auct. iud. pos. d. L. heres, §. ult. supr. de iud. Et hæc Caius sensit, ac sentiens ita diluit, ut fateatur, quod certo loco dari promissum est, non videri alio loco peti posse: atque adeo iure summo re vera peti non posse. Sed huic iuri æquitatem opponit, qua fiat, ut ab eo iure ad modum edicto constitutum merito discessum sit. *Iniquum erat*, inquit, *non posse stipulatorem ad suum pervenire*. At hoc eventurum esse vult, si alio loco agendi facultas non erit: quoniam fieri potest, ut promissor ad eum locum, in quem datarum se promisit, nunquam accedat, inquit: vel quod data opera id faciat, vel quia aliis locis necessario distringatur. Ex quo vult intelligi æquum fuisse, ac recte visum esse,
2 actionem in alium locum comparari. † Quo loco obiter in verbis notandum est, quod ait, *non posse stipulatorem ad suum pervenire*. Ubi suum aperte dixit, sibi debitum, nempe ex stipulatione: usitato loquendi more Latinorum, & maxime nostrorum. Quomodo dicitur creditor suum consequi, suum recipere, qui sibi debitum consequitur, recipit. *L. cum duobus. 52. §. idem respondit socius, infr. pro soc. L. si non sortem, §. libertus, in fi. supr. de cond. ind. L. 6. §. apud, infr. quæ in fraud. cred.* Quomodo & illud in præceptis iuris, suum cuique tribuere. *L. iustitia, supr. de iust. & iur.* Ubi constat suum dici, non tantum quod proprie alterius est, sed etiam quod cuique debetur, de quo tribuendo maxime ius constitutum est. Cic. in *Quint. Quid? hoc quo pertinet? an ut ocyus ad suum pervenias?* ad tuum, idest, ad pecuniam tibi debitam. Sequitur enim e vestigio: *Quid a nobis, C. Aquili, refertur? pecuniam petis: negamus deberi*.

3 Sed hoc, ut dixi, obiter in verbis. † Redeo ad responsionem superiorem Caii: quæ nonnihil animadvertenda est. Nam partim verum esse non videtur, quod sumit: partim si maxime verum sit, non videtur rem expedire. Quod ait, iniquum esse, si stipulator ad suum pervenire non possit facto promissoris, verissimum est, & certa ratione æquitatis, ac certis regulis iuris efficitur: Nam cum nulli ius suum detrahi aut iniqua conditio inferri debet: *L. 2. supr. de iis qui sunt sui vel alie. iur. L. non debet alteri, infr. de reg. iur.* tum vero indignum est creditori detrahi a promissore ipso, ut hic facto suo liberetur: cum huic potius factum suum, quam adversario nocere debeat. *L. si servum, §. videamus, infr. de ver. ob. L. factum infr. de reg. iur.* Illud verum non videtur, quod significat si promissor non veniat in locum constitutum, eventurum ut stipulator ad suum non perveniat. Nam quod certo loco dari promissum est, eo loco peti posse constat, & debitorem eo loco conventum ibi se defendere debere. *d. L. heres, §. 1. §. pen. de ind.* Nec ad rem pertinet, quod promissor ad eum locum nunquam accedet. Sive enim præsens erit, sive absens, illic se defendere iubetur: qui si non defendetur, patietur bona possideri. *d. L. heres, in pr. & §. 1.* Atque hic possessionis exitus, ut transacto tempore legitimo bona distrahantur, unde non minus creditori satisfiat, quam si eum debitore iudicio actum esset. *L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poss.* Sed hæc non faciunt, ut propterea creditor eodem loco agendo facile adversus absentem nec defensum ius suum consequatur. Primum fieri potest, ut debitor in eo loco, in quem se daturum promisit, nulla bona possideat. Tum autem ut possideat, interest creditoris potius iudicio experiri cum debitore, quam superiorem ordinem sequi: ut scilicet iudicio constare possit, illum vere debitum petiisse, nec voluisse per calumniam opprimere eum, qui non defendebatur. Ita semper relinquitur, quod Caius sensit, ubi promissor ad locum constitutum non accedat, non posse creditorem facile eo loco ius suum consequi. Sed ut horum utrumque concedatur: non tamen statim efficitur, ideo fuisse actionem proponendam. Quid enim, si illi æquitati alia æquitas non minor, aut etiam maior opponitur? At prius dicebamus alio loco agi posse non videri, quia & contra ius esset, & quia eo modo ius suum promissori auferretur. Quod profecto multo minus concedendum est, quam ne suum auferatur stipulatori: quia favorabiliores sunt rei, quam actores: unde & ad liberandum procliviores esse debemus. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur. L. Arrianus, infr. de obl. & act.* Quid igitur ad eam rationem dicimus? Et de iure respondeo id, quod paulo ante: ut alio loco peti non possit, quia eo non debeatur nec sit constitutum, fieri quidem iure, sed summo: quod tum iniquum esse incipit, si dum hoc retinemus, stipulator ad suum pervenire non possit. Hactenus enim consulendum est reo, dum ne iniuria fiat stipulatori. *L. 5. in fin. infr. de ver. ob.* Quod autem dicimus, utilitatem alio loco solvendi reo multo minus adimendam esse: ita æquum est, ut

ut mutari non debeat. Sed nec actione in alium locum constituta hæc utilitas reo adimitur, ut est conditio actionis in eam rem comparatæ. Comparata est enim actio, non ut alio loco peti possit a promissore simpliciter; sed ut sit de eo actio arbitraria, idest ea, qua æstimetur, quanti promissoris intersit, suo loco potius solvi, quam in eo in quo nunc convenitur, ut traditur in *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. d. §. loco, Inst. de act.* Unde apparet in hac actione alio loco proponenda sic a prætore creditori consultum esse, ut nihil propterea de utilitate debitoris decederet, quæ nihilominus ei salva est. Ita est utiliter & non dubia æquitatis ratione hæc actio a prætore constituta: quod Cato probare hoc loco propositum est.

Quod de actione hic notandum esse diximus, hanc ille † utilem vocat. An ut intelligamus cum Accursio efficacem? Non potuit hoc verbum isto sensu hoc loco nisi inepte & otiose adiici: comparatam enim hanc actionem esse ait. Hoc dici satis est, ut intelligamus utiliter & efficaciter comparatam. Primum: quia iure comparata est & edicto: cuius, ut reliqui iuris vis & auctoritas publica est, idest, ea cui parendum sit, quæ in eo quod constitutum est, omnes cives teneat, *§. prætorum, Inst. de iur. nat. gen. & civi. L. 2. supr. de legib.* Deinde quia etiam vi verbi ea actio non competit, ac ne actio quidem est, quæ utiliter non competit: cum non sit actio, nisi quæ iure persequitur indicio id, quod nobis debetur. Et ideo recte apud Iustinianum in *§. sed & istæ, & seq. Inst. de act.* cum dicitur, prætorem multas actiones ex sua iurisdictione comparatas habere, & in eo genere proditam Publicianam: non dicitur hanc aut alias efficaces comparatas esse, proditasve, sed simpliciter comparatas, proditas: quia scilicet non fuit metuendum, ne si iure proditæ sint, quisquam putaret inutiliter & inefficaciter proditas: aut si competunt, alio modo competere posse, quam utiliter. Non dubium, utilem dici hanc actionem usitato more, quo utilis directæ opponitur: *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. actio, supr. de neg. gest* ut sit utilis, non directa: consimili plane exemplo & ratione, qua & Publiciana actio, quæ itidem præter rationem iuris civilis edicto prætoris proposita est, utilis esse significatur in *§. namque*, Inst. de act. *Qui dominus non est*, inquit Iustinianus, is etsi rem ex iusta caussa & bona fide accepit, *nullam tamen directam actionem habet ad rem persequendam*. Nullam directam, quia nullam iure civili: *quoniam*, inquit, *ita proditæ sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet: Attamen ei qui ita possessionem nactus sit, proposita est in rem actio edicto prætoris Publiciana*. Cur præter rationem iuris civilis? *quia sane*, inquit, *durum erat eo casu deficere actionem*. Ubi durum intelligitur id, quod in *hac L.* dicitur *iniquum* ut in *L. illud, supr. de pet. hered.* Qualis autem hæc actio? directa an utilis? Et cum prius negasset directam in eam rem competere posse: restat, ut quæ hic proposita est, sit ea, quæ utilis dicitur, intelligaturque utilis, non efficax, sed quæ non sit directa. Ergo Publiciana in rem actio, quia præter rationem iuris civilis comparata est a prætore utilitatis caussa: sit ut dicatur utilis, significeturque hoc verbo non directa. Porro concurrunt in actionem arbitrariam, de qua agimus, eadem omnia: nam & ei qui certo loco dari quid promisit, extra eum locum directa actio & iure civili ex stipulatione esse non potest. Veruntamen etiam in alium locum, in quem deficiebat iure civili, comparata est actio a prætore hoc edicto, & quidem eadem ratione: quia scilicet æquum erat, quia utilitas id postulabat. Ex quo necesse est, quæ hic actio est proposita, eodem modo utilem dici, ut sit & ipsa utilis, quæ opponatur directæ illi, quæ suo loco agenti competit. Utraque utilis ideo, non directa, quia directam vocamus, quæ recta ex verbis legis datur, seu ad quam verba legis diriguntur, ut ex his competat: utilem, quæ deficientibus verbis datur ex sententia legis, æquitate & utilitate ita suadente, unde utilis nomen. *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. quia, L. quoties, infr. de præs. ver.* Talis est autem utraque actio superior, qualem utilem modo descripsimus. Nam verbis legis neque in rem actio est ei, qui rei dominus non est: neque ex stipulatione ei, qui certo loco dari stipulatus, contra quam stipulatione cautum est, alio loco petit. *L. quidquid, infr. de verb. obl.* At sententia & mens legis ad utramque speciem pertinere videtur: quia æquum sit, & illic actionem in rem, & hic arbitrariam alio loco petenti admitti. In hac quidem arbitraria evidentius: quod qui vult pecuniam certo loco promissam eo loco solvi & peti posse, quod sit in directa actione, idem vult omnia, sine quibus eo loco exigi non potest. Arg. in *L. 2. supr. de iurisd.* Iam autem intellectum

lectum est, pecuniam recte exigi non posse, nisi licebit etiam alio loco petere. Quapropter & hoc velle ius civile putandum est. Quam sententiam prætor interpretatus apertius hoc edicto confirmavit, actionem nominatim in eam rem proponendo: unde actio utilis. Idque est, quod dicitur in *L. nam ut ait*, *supr.* de legib. *quoties lege aliquid introductum est: bonam occasionem esse, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri:* ut hic factum est iurisdictione prætoris. Nam quæ sunt edicto prætoris introductæ actiones, eæ ex prætoris iurisdictione esse dicuntur. *d. §. namque, Inst.*
5 *de act.* Illud † monendi sumus, actionem hanc quæ ex stipulationis caussa datur, etsi dicitur utilis, non eo minus tamen intelligi debere esse condictionem certi, aut Triticiariam: quas alioqui actiones ex stipulatione recta esse dicimus. Quin potius eo verbo condictiones istæ hoc ipso accipiendæ sunt, quia actio hæc ex stipulatione utilis dicitur. Nam quæ ex aliqua caussa actio utilis est, ea est, quæ ex ea caussa nomine certo competit; sed cum adiuncto, ut dicatur utilis: ut puta, est aliqua actio utilis ex mandati caussa: ea dicitur Africano mandati actio in *L. quidam*, *infr. de her. inst.* sed ita, ut paulo post subiiciat, intelligere se non vulgarem & directam, sed utilem. Quocirca & in specie proposita ex stipulatione alio loco agenti utilem actionem esse intelligemus; condictionem tamen sive certi, sive triticiariam, aut si quæ sunt aliæ actiones certæ appellationis, quæ ex stipulatione directo competunt. Quam caussam fuisse initio diximus, cur hic titulus hoc loco collocaretur, nempe inter condictiones: ipse eiusmodi, in quo & condictionis nova species, nimirum arbitrariæ proponatur.

Hoc constituto, ex ea stipulatione qua quid certo loco dari promissum est, actionem esse, qua & alio loco agi possit: quæsita sunt illa, de quibus dixi initio; an ex omni conventione eiusmodi eodem modo agi possit alio loco; an statim; an alio quovis loco sine exceptione. De primo, & secundo quia propriis locis agitur, postea; de illo in *L. 2. §. 1.* de altero in *d. L. 2. §. qui ita*: nihil necesse
6 est hoc loco attingi. † Tertium, an quovis alio loco agi possit, quia nusquam de eo quidquam scriptum est hoc titulo, visum est hoc loco ut ad facultatem alio loco agendi pertinens exponere. Nascitur autem hic dubitatio ex contrariis locis. Nam in *L. heres*, *§. ult. supr. de iudic.* scribitur, eum qui promisit aliquid se soluturum in Italia, cum in provincia domicilium haberet, utroque loco conveniri posse, & in provincia, & ubi domicilium habet. Ut intelligamus aliis locis agi non posse. Contra in *L. eum qui insulam*, *supr. de iudic.* & in *L. si duo*, *§. 1. infr. de const. pec.* scriptum est: *quovis loco & ubique peti posse, quod suo loco datum non est*. Et probo Ioannis, Azonis, Accursii sententiam, quæ & vulgo magis recepta est, in posterioribus locis duobus illa, *quovis loco & ubique*, sic interpretanda esse: quovis loco idoneo: seu *quovis*, idest, & in eo, ubi dari debuit, & alio etiam; eo tamen, in quo si locus adiectus stipulationi non esset, debitor conveniri potuisset. An quod cum in honoribus iubentur præferri certæ conditionis homines, hoc sic acceptum est: si idonei sunt? *L. ut gradatim*, *§. 1. infr. de mun. & hon.* quo argumento vulgo utuntur. Sed nimis infirmum hoc argumentum est. Scimus enim natura quosdam homines ad honores gerendos non esse idoneos, quos nulla lex possit idoneos efficere. At omnia loca possunt idonea esse ad aliquem conveniendum, si quidem lex idonea esse velit. Itaque hoc etiam nunc quæretur de illis locis superioribus, an lex velit esse tantum idonea, necne, cum verba efficiant, *quovis loco*, idest, omnibus locis agi posse. Quam ob caussam non miror, si cum aliud argumentum istius sententiæ Bartolo non occurreret: ipse alios quosdam secutus, dissenserit, putaveritque quovis alio loco idoneo & non idoneo agi posse: etsi ad argumentum dissolvendum ne ipse quidem satis firmi quidquam attulerit. Sed nihilo secius probandum videtur, eum qui certo loco dare promisit, si ibi non solvat, non posse aliis locis conveniri, quam aut in quo ipso dare debuit, in quo & contraxisse intelligitur, aut in eo ubi domicilium habet. Eiusque sententiæ argumenta hæc sunt propemodum explorata. Absurdum est plus tribui ei creditori, qui stipulatus est uno tantum loco sibi dari, quam qui nullo adiecto loco infinite ac proinde omnibus quodammodo locis dari stipulatus est. At nullo loco solvendi adiecto stipulatus, non potest nisi his duobus locis experiri, ubi contractum est, & ubi reus domicilium habet. *d. L. heres*, *§. 1. & §. ult. supr. de iudic.* Multo igitur minus aliis locis experiri poterit, qui ex stipulatione unum tantum locum habuit. Sed & hoc eo magis dicendum est, quod certi loci adiectio, si per se spectetur, Ius stipula-

toris

toris minuere debuit, & detrahere, quod fine loci adiectione habere potuisset. Nullo enim loco adiecto stipulatus, duobus saltem illis locis superioribus agere potuit: loci autem adiectio facit, ut possit uno tantum, nempe eo qui adiectus est. Nam alio loco nec ante agi posse videbatur, ut hic scriptum est: neque adeo summo iure agi poterat secundum conventionem & formam stipulationis, ut supra docuimus. An non igitur plusquam absurdum est, loci adiectionem, quæ vi sua comparata est ad minuendum ius stipulatoris in agendo, illi ad ius eius augendum in ea re prodesse, ut agere possit locis omnibus, qui nullo loco adiecto, duobus tantum agere potuisset? Quod minime recipiendum est. Id etiam efficitur hoc modo: Ubi quid certo loco dari promissum est, negari non potest, quin extra locum constitutum perinde haberi debeat, quasi nullus locus stipulatione esset comprehensus, ut & revera nullus comprehensus est. At si nullus comprehensus esset, creditor experiri non posset aliis locis, quam illis duobus, quæ supra diximus. Proinde extra locum constitutum aliis experiri non poterit. Si auctoritas huius sententiæ quæritur, est in *d. L. heres*, *§. ult. infr. de iud.* ubi certo loco dandi adiecto, superiora illa duo loca ad agendum tantum statuuntur. Sed opponuntur nobis illa verba, *quovis loco*, *ubique*. Et fateor si quis significationem verborum sequatur, verba sic accipi posse: ut significetur, posse agi ubique locorum: ubi creditori commodum erit, aut videbitur, etiam in quibus reus nec domicilium habeat, nec contraxerit. Sed cum intelligitur, qua mente quid scriptum sit, id intuendum & sequendum est, non verba captanda, ut bene monemur in *L. pen. supr. ad exh.* Quid autem hic senserint veteres superioribus verbis, sumendum est ex eo, quod ante in hac re dubium fuit. Prius non dubitabatur, an de eo quod certo loco dari promissum est, reus conveniri posset quibusvis locis etiam iure non constitutis; sed an posset conveniri alio loco, quam in quem sibi creditor dari stipulatus esset, quod nec licere videbatur, ut diserte hic Caius scribit. De hac quæstione respondentes veteres, quid aliud sensisse existimandi sunt, quam definitionem accommodasse ad id, de quo quærebatur, & ostendere voluisse, quod prius fieri posse non videbatur, id fieri posse, non impediente forma stipulationis? Plane isto modo: cum omnis non inepta responsio ad interrogationem accommodetur, nec feratur longius. Arg. in *§. præterea*, *Inst. de inut. stip.* Quapropter respondentes quovis loco agi posse, intelliguntur hoc dicere, agi posse non eo tantum loco, in quem promissum est, sed & hoc, & alio, quo potuisset agi, si nullus locus adiectus esset. Num ergo & alio quovis, etiam in quo sine loci adiectione agi non potuisset? non hoc sic ex mente auctorum accipi potest. Primum quia de eo ante non quærebatur, & de re in quæstione posita respondebant. Deinde quia ut ante dixi, hoc per se plusquam absurdum est, loci adiectionem, quæ ius stipulatoris in agendo minuere debebat, ad ius eius augendum illi prodesse: quod hic futurum esset, si is qui sine loci adiectione dari stipulatus, certis tantum & constitutis locis agere potuit, loco certo comprehenso quo illi solvi deberet, agere posset locis omnibus, quibus liberet: quod nunquam Iurisconsulti dicerent. Ut autem certius statuamus, mentem eam esse auctorum, quam dixi, consideretur, quis sit auctor duorum istorum locorum, *L. si duo*, *§. 1. infr. de pec. const.* & *L. heres*, *§. ult. supr. de iud.* quorum in altero ubique agi posse, in altero eadem in specie duo ista tantum loca statuuntur, domicilii & contractus. Et sunt ambo Ulpiani. Quamobrem hoc dubium esse non potest, quin quod ille in uno ubique agi posse dixit, is sibi consentiens ad alterius loci sententiam accommodate dixerit: præsertim cum de iure certo arbitrariæ huius actionis ageretur. At enim, inquit hoc loco Bartolus, si intelligimus extra locum dandi stipulatione comprehensum non posse agi nisi in eo, in quo reus domicilium habet, inutilis erit concessio huius actionis: cum & iure communi extra locum contractus eodem illo loco domicilii agi possit, & ante potuerit. *d. L. heres*, *§ 1. de iud.* Nunquam autem sic concessio in legibus accipienda est, ut sit inutilis. *L. 1. infr. ad municip.* Recte ille: si quidem ante constitutionem huius actionis de eo quod certo loco dari promissum est, alio ullo loco agi potuisset, etiam eo, in quo reus domicilium haberet. Sed errat in eo, quod id licuisse in hac specie existimat. In quo aperte verbis huius loci convincitur. *Alio loco*, inquit Caius, *quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere*, ergo nec in eo, in quo reus domicilium habuit. Qua de caussa si alio loco idoneo agi posse vellemus, necesse fuit actionem in eam rem comparari. Quod & hic factum est edicto prætoris.

Ad L.

Ad L. Arbitraria. 2.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Quod si rei interest, minoris sit pecuniæ condemnatio, quam intentatum est; aut si actoris, maioris [pecuniæ] fiat.

S U M M A R I A.

1. *Arbitraria actio de eo quod certo loco promissum est, si alio loco petitur, cur arbitraria dicta, & quæ hic arbitrio iudicis committantur.*
2. *Arbitraria actio de eo quod certo loco, ut rei, sic & actoris utilitatem continet; & hoc quid sit.*
3. *Utilitas actoris in hac actione tunc æstimanda, cum debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret.*
4. *Mora a debitore quando fieri intelligatur, quominus suo loco solvat.*
5. *Utilitas actoris nec tunc æstimanda, cum neuter in mora fuit, & quando id accidat.*
6. *Utilitas rei in hac actione semper æstimanda, sive moram non fecerit, sive fecerit.*
7. *Utilitas utriusque æstimanda, cum alio loco agitur, si utriusque intersit & mora in solvendo facta a debitore.*
8. *Utilitati litigatorum æstimandæ, cum alio loco agitur, quæ sententia iudicis conveniat.*

UT alio loco peti possit, quod certo loco dari promissum est, comparata est actio utilis, ut supra scriptum est in
1 *L.* 1. † Ea est arbitraria. *L. unica*, *C. ubi conven. qui cer. loc. dar. pro.* §. *loco*, *Inst. de act.* Hanc intelligit Ulpianus hoc loco arbitrariam actionem nominans, ac quorum utilitatem contineat, quove modo in ea huius utilitatis ratio quam commodissime habeatur, sententia iudicis, initio hic docet. Horum utrumque sic recte intelligetur, si breviter indicaverimus, quod est primum in hac actione, unde ita dicta sit; quod sit hoc arbitrium, in quo illa versetur; & quæ eius arbitrii partes: quod non minus ad reliqui tituli explicationem pertinet. Ac de arbitrariis actionibus in universum dicetur alibi commodius, ubi de hoc genere ex professo agitur, ut in §. *præterea*, *Inst. de act.* Nunc quid sit proprium huius actionis, quærimus. Arbitraria hæc actio dicta est, quod in arbitrium iudicis referatur, ut est in *L.* 3. *infr.* vel, ut alibi, quia æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. *L. centum*, *infr. eod. d. L.* 1. *ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* Duo sunt autem, quæ in hoc arbitrio iudici committuntur. Primum, ut æstimet, utrum reus alio loco conventus absolvi debeat, an condemnari: quoniam interdum absolvi eum æquum est propter eas caussas, quæ referuntur in *L.* 4 §. *ult. infr. eod.* ubi dicetur. Alterum, ut æstimet, quanti rei intersit suo loco potius solvi, quam in eo, ubi convenitur: quia scilicet utilitas loci per stipulationem quæsita ei adimi non debet: quam ob caussam potissimum arbitrariam hanc alio loco petenti propositam esse constat. *d.* §. *loco*, illic, *propter quam*, Inst. *de act.*
† Id cum rei caussa comparatum sit: quæ- 2
situm est, si quid interesset actoris, loco constituto potius accipere, quam in eo, in quo agitur, an id etiam æstimari deberet in hac actione. Et tandem obtinuit id quoque esse æstimandum, ut declaratur hac *L.* 2. §. *ult. ver. Iulianus.* Id vero est, quod Ulpianus initio hic definit, *arbitrariam actionem utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei:* quasi diceret, rei quidem citra controversiam, utpote cuius potissimum caussa proposita sit alio loco actio arbitraria; sed tamen & actoris, quod & postea admissum est. Ex quo est & illud *d. L. unicæ, C. ubi conven. qui cer. loc.* in hanc actionem venire æstimationem, quod alterutrius interfuit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Utilitatem vocat Ulpianus id ipsum quod utriusque interest, quo verbo posteriore utitur *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc.* quomodo & ipse statim post utilitatis verbum interpretatur hoc loco: & apertius in §. *ult. ead. L.* Quibus in rebus posita sit hæc utilitas rei, seu quod eius interest suo loco potius solvere, declaratur in *L.* 3. *infr.* Quibus in rebus utilitas actoris, suo loco potius accipere, est in hac *L.* §. *ult.*

§. *ult.* de quibus suo loco. Nunc hoc postulat superior sententia, ut explicetur, an semper in hac actione utilitas actoris æstimanda sit, an semper rei. Quid enim, si ipsi moram fecerint: ille quominus suo loco acciperet; hic quo minus suo loco solveret? an non iniquum videatur, alterutrum id damnum sibi petere præstari, in quod ipse sua culpa incidisset? at hic nihil distinguitur. Rursum quid, si neuter in mora fuerit: an non iam contra æquum sit, utriusque rationem haberi? Quærendum & illud, si utriusque simul intersit suo loco solvi, an pariter sit æstimandum, quod utriusque interest: nam hic scriptum est, utriusque utilitatem æstimari; alibi alterutrius, ut *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* alibi quod idem valet, rei vel actoris, ut in *L. centum, supr. eod.* Quæ explicanda sunt. Et in his nihil verius, quam quod de sententia Ioannis, repudiata Irnerii & Placentini sententia Accursius hic sequitur, & vulgo quoque probatum est, cuius hæc est summa: actoris quidem rationem habendam; sed ita, si mora a debitore facta sit, quominus suo loco solveret; rei autem semper, sive in mora prius fuerit, sive non fuerit. Quod si quando actoris ratio habenda sit: eventurum, ut si rei quoque intersit, simul utriusque ratio haberi debeat.

Quod quia non probatur omnibus, demus operam, ut vera sententia recte con-
3 firmetur. † Dicimus igitur quod hic scriptum est simpliciter, itemque in *L. unica, C. ubi conven. qui cer loc. dar. promis.* in hac actione etiam actoris haberi rationem, seu æstimandum esse, quod actoris interest, suo loco pecuniam solvi, sic accipiendum esse ex aliis locis: si per reum steterit, seu si is moram fecerit, quominus suo loco solveret. Ad hanc creditoris utilitatem æstimandam Ulpianus moram exigit in hac ipsa *L. 2. §.* ult. *actoris utilitas*, inquit, *veniet. Quid enim, si pecuniam traiecticiam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, aut pœna commissa mora tua?* Quæ interrogatio nihil aliud exprimit, quam actoris utilitatem venire hac conditione, si superiora damna contigerint mora tua, idest, debitoris. Huius ipsius moram ad hanc rem exigit & Africanus in *L. centum, infr.* eod. *Nec oportebit*, inquit, *fideiussoris obligationem augeri, quod forte per reum steterit, quominus centum debita, Capuæ*, loco nimirum constituto, *solverentur*. Cur non dixit, si reus centum Capuæ non solverit, sed addidit: *si per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret?* ut significaret hoc modo solum ipsius rei principalis obligationem augeri, si ipse in mora fuerit, quominus solveret: atque hinc videlicet iustam dubitationem esse, an saltem hoc casu augeretur ex eius persona obligatio fideiussoris: quod ille negat. Augeri autem vel rei vel fideiussoris obligationem intelligit, cum æstimatur, quod actoris interest, pecuniam Capuæ potius solvi, ut in eo responso præ-
cedit. † Tunc per debitorem fieri, tunc 4
per eum mora esse intelligitur, quominus suo loco solvat, non simpliciter cum non solvit; sed cum stipulator fecit pro se, ut acciperet: puta in locum constitutum venit, aut ibi suo nomine habuit, qui transacto illo tempore pecuniam ibi recte acciperet; debitor autem aut ibi præsens interpellatus solutioni non satisfecit: *L. mora, infr. de usur.* aut eo non venit, vel ibi sui copiam non fecit, ut ita nemo esset, qui ibi conveniretur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Itaque his casibus alio loco agente stipulatore utilitatis eius ratio habebitur. Et merito; moram enim suam reo nocere æquum est. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* At nisi id fit; si superior conditio de mora rei recte addita est, de quo inter omnes convenit, actoris utilitas in hac actione non æstimabitur. Proinde illud constat, si per eum stetit, quominus suo loco acciperet, cum scilicet debitor in locum constitutum venisset, aut procuratorem eo misisset, ibi autem aut creditor non accepisset oblatam pecuniam, aut non esset inventus cui recte solveretur; tum sane utilitatem actoris non venire: idque multis de caussis: Primum quod unicuique mora sua nocere debet. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Deinde quod si ei nocere non volumus, at certe non debet nocere alteri. *L. factum cuique, infr. de reg. iur.* Postremo quod non recte postulat æstimari, quod sua non interest. Nihil autem in hac caussa interesse eius videtur. Quidquid enim hic damni est, quod pecuniam suo loco non accepit, culpa eius est. Quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis ex sua, infr. de reg. iur.* Sed hoc ideo quia per creditorem factum sit, quominus pecuniam suo loco acciperet, non quia per debitorem, quominus solveret.
† At quid, si nec creditor moram fecit, 5
nec debitor? finge neutrum venisse in lo-
cum

cum constitutum, aut cum ambo ibi essent, debitorem a creditore appellatum non esse. Quorum neutrum cum intervenit, mora fieri non intelligitur. *d. L. mora, d. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Et si nobis constare volumus, dicendum est, sic a debitore moram exigi ad utilitatem actoris aestimandam: ut si a debitore mora absit, actoris utilitas non aestimetur, quamvis nec ipse actor moram fecerit. Hoc superiori illi conditioni consequens est. Nam si actoris utilitas venit hac conditione, si per debitorem mora sit, quominus suo loco solvat: dici debet contraria conditione, idest, si in eo mora non fuerit, actoris utilitatem non venire. Haec collectio est in *L. 1. vers. huius, supr. de offic.* haec eadem in *L. si quis, in fin. infr. de act. empt.* Ita fit, ut utilitatis actoris aestimationem in hac actione duae res excludant: mora quidem eius citra controversiam; sed non minus & sine mora eius, si dici possit debitorem moram non fecisse.

6 Diversa † caussa debitoris in actione arbitraria, cum de utilitate eius quaeritur. Dicimus semper aestimari, quanti eius interest suo potius loco solvere, quam in eo in quo agitur, non tantum si per creditorem mora fuerit, quo minus pecuniam suo loco acciperet, cum forte paratus fuisset debitor ibi solvere; sed etsi mora in creditore nulla fuerit. Plus dicimus, id aestimari, etsi creditore providente, ut pecuniam eo loco accipere posset, per debitorem solum steterit, quominus illic solveret. Hoc quidam absurdum putant. Sed neque quidquam aequius, & pene diserte traditum est in *§. loco, Inst. de act.* Loco enim solvendi adiecto consequitur reus eius loci utilitatem ex stipulatione. Hanc illi adimi non posse alio loco agendo, ac propterea alio loco peteuti arbitrariam actionem propositam esse, in qua ratio habeatur utilitatis eius, illic scriptum est. Hoc nihil aequius. Quinimo ex natura & principiis iuris sumptum est, quod ita definitur generaliter, ius alicui conventione semel quaesitum illi invito adimi non posse. *L. ult. §. de pact. L. vero, vers. pen. infr. de sol.* Etiamne, si debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret? Plane hoc ex illo intelligitur. Errat enim, si quis putat, moram debitoris utilitatem loci semel illi stipulatione quaesitam invito auferre. Neque hoc, neque aliud ius quodvis contrahentibus conventione quaesitum mora cuiquam adimit. Argumento est creditor, quem constat, si quando pecuniam debitam sibi oblatam sine iusta caussa recusaverit, moram facere. *L. qui decem, infr. de sol.* Neque ideo tamen is amittit persecutionem eius iuris, quod prius habuit; sed & idem non minus iure petit postea, & si reus interpellatus non solvit, incipiet moram facere, quae posterior mora illi nocebit. *L. illud, infr. de per. & com. rei vend.* Quod multo magis reo tribuendum est, si quid erit forte, quod illi conventione datum sit, quod & post moram a se interpositam velit retinere. Huius enim conditio favorabilior. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur.* Apparet etiam ex verbis. *d. §. loco.* cum alio loco agitur, eam omnem utilitatem promissoris aestimandam esse, quae illi competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. At si is suo loco solveret, aut conveniretur, competeret ei eius loci utilitas, quamvis prius moram fecisset. Quare & tunc competet, cum alio loco convenietur, quamvis prius moram fecerit. Sed obstat creditoris exemplum. Hic si moram fecit, constat utilitatis eius rationem non haberi. Cur si debitor moram faciet, non pariter dicemus, utilitatis eius rationem non habendam, ut iuxta rationem iuris & aequitatis in pari mora eundem morae effectum servemus? *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Quia mora utriusque similis: at non similis utilitas loci, quam uterque in arbitraria actione praestari postulat. Creditor contra stipulationem persequitur utilitatem loci constituti, cum alio loco agit. Nam ex verbis stipulationis alio loco agere non potest. *L. 1. supr.* Quae res facit, ut sine manifesta aequitate hoc ei concedi non debeat, ut & agat alio loco, & simul consequatur constituti loci utilitatem, quam ex stipulatione non habet. Aperte autem tunc aequum non est, utilitatem istam ei tribui, cum per eum stetit, quominus suo loco pecuniam acciperet, ubi debitor ad eam utilitatem non teneretur, si creditor moram non fecisset. At promissor loci utilitatem sibi non defendit ex aequo & bono propter naturam actionis arbitrariae; sed eam suo iure habet, quaesitam ab initio ex stipulatione. Quam proinde iure retinet, nisi quid sit, quod hanc illi auferat. Moram autem hanc illi non auferre modo ostendi. At certe adversus debitoris moram eadem illa dici posse videntur, propter quae utilitatem loci creditori, qui moram fecisset, supra denegabamus. Dicebam huic creditori obstare regulam iuris, unicuique suam moram nocere. *L. in condemnatione, §. uni-*

 cui-

cuique, infr. de reg. iur. Quid ergo, an hæc ad debitorem non pertinet? Imo vero generalis est, & ad debitorem, & maxime quidem pertinet. Sed non hic regulæ sensus est, ut ad quidvis noceat debitori. Nocet hactenus, ut perpetuet debitoris obligationem; *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* sed non eo usque progreditur, ut etiam ius debitori quæsitum illi auferat, ut dixi. Ac ne creditoris quidem mora loci utilitatem illi auferret, siquidem hæc ei iure suo competeret. Iam autem ostendi non competere. Sed hoc efficit mora in huius persona, ut quæ utilitatem quæ non competit, auferre ei non potest: impediat tamen, ne eius utilitatis postulatio ei acquiratur. Rursum denegabamus loci constituti utilitatem creditori: quia iniquum sit, moram & factum eius alteri nocere: quod & vetatur regula iuris. *L. factum cuique, infr. de reg. iur.* An hoc minus licet dicere in debitore, qui moram fecit? Sane non minus: sed cum debitor alio loco conventus consequitur utilitatem loci constituti, nihil hic eius mora nocet, aut aufert creditori: cum hanc utilitatem consequatur non propter moram suam, etsi maxime moram fecerit, sed propter stipulationem, atque adeo propter consensum actoris, qui eum locum illi stipulatione tribuit. Non desideraret quidem debitor hanc utilitatem, si moram non fecisset, quominus suo loco solveret. Sic enim solvisset suo loco in tempore, & loci utilitatem, quam nunc petit, iam tum esset per se consecutus. Sed tamen quod nunc eam præstat creditor, semper verum est, non propter debitoris moram præstari, sed propter stipulationem: cum nisi ex stipulatione hanc quæsitam reus haberet, eam utique ex mora sua non consequeretur, non magis quam creditor, qui post moram suam alio loco peteret. Ita mora debitoris suo loco non solventis caussa est, sine qua utilitas loci a debitore nunc non postularetur; at non caussa efficiens, propter quam illa utilitas præstetur. Quinimo si quis putet propter alicuius culpam aut factum hanc utilitatem desiderari: potius dicendum sit, id creditoris culpa aut prætoris accidere, quam debitoris. Creditoris quidem, quia alio loco agit contra stipulationem. Prætoris autem, qui hanc actionem constituit. Cur enim agitur non suo loco? cur eius loci utilitas stipulatione constituta ei aufertur? Ut creditori consulatur, inquies. Sed huius utilitas reo nocere non debet, ut dixi ad *L. 1.* Quid superest igitur ad vitandam huiusmodi iniuriam, nisi ut id fiat, quod quærimus: ut scilicet quandocunque cum debitore alibi agetur, etiam mora ab eo facta, semper actio sit arbitraria, qua utilitas loci illi conservetur? Et vero id ita propositum prætori, & factum esse luculenter declaratur in *d. §. loco, Inst. de act.*

Hæc ipsa ratio facit, ut ne tertium quidem illud debitori post moram obiici possit, quod creditori supra obiiciebamus. Negabamus utilitatem loci ei præstandam, si per eum stetisset, quo minus eo loco pecuniam in tempore acciperet: quia si quid hic damni esset, quod tum suo loco solutum non sit, aut nunc non solvatur, id ipsius culpa contingeret: ut qui nec suo tempore pecuniam acceperit, cum posset, & nunc ultro alio loco experiatur. Porro regula iuris efficit, quod quis sua culpa damnum sentiat, sentire non videri. *L. quod quis ex culpa, infr. de reg. iur.* Non idem, inquam, debitori obiici posse ex prioribus intelligitur. Quod enim loci constituti utilitatem nunc reus desiderat, cum alio loco agitur, non eo fit, quia prius suo loco non solvit, sed quia nunc alio loco petitur. Nam si suo loco ageretur, etiam nunc eius loci utilitatem salvam haberet. *d. §. loco, in fin. de action.* Quod autem creditor agit alio loco, effectum est non debitoris in eo culpam esse; sed aut creditoris, qui contra stipulationem ita agat; aut prætoris, qui alio loco actionem constituerit: quod factum ita demum carere iniuria potuit, si sic actio constitueretur creditori alio loco, ut ea res utilitatem loci reo quæsitam non auferret. Nihil igitur proponitur, quo minus debitori utilitatem loci ex stipulatione ipsa sibi recte defendenti ea utilitas omnimodo salva manere debeat, etsi maxime in pecunia eo loco solvenda prius moram fecerit. Ut iam efficiatur, quod proposui, in arbitraria actione qua alio loco agitur, utilitatem actoris venire sub conditione, si per debitorem steterit, quominus pecunia suo loco solveretur; debitoris autem semper, etsi maxime ipse in mora fuerit, quominus eo loco solveret. Atque hanc sententiam iuris auctorum esse ex eo sciri potest, quod cum debitori tribuitur utilitas loci, nusquam additur hæc conditio, si ipse moram non fecerit, aut si per creditorem factum sit, quominus ei suo loco solveretur. Quod contra fit in creditore, cuius quidem dicitur utilitas æstimari; sed hac conditione certis locis addita: si per debitorem steterit, quominus suo loco solveret. Ac

quæ

quæ sit differentiæ ratio, satis supra ostendi.

7 Hoc posito, sequitur † tertium, de quo quærebatur, ut si per debitorem factum sit, quominus pecunia suo loco solveretur: cum petitione alio loco instituta, fiat, quod hic Ulpianus scribit: utriusque utilitas in arbitrariam actionem veniat, tam actoris quam rei: amborum quidem separatim, modo huius, modo illius, prout huius aut illius interesit, si modo non interest utriusque eodem tempore. At si simul intersit, etiam simul utriusque utilitas veniat. Actoris quidem ideo, quia per debitorem mora facta sit; debitoris autem, quia huius mora non impediat, quominus utilitatem loci sibi stipulatione quæsitam retineat. Opponuntur ii loci, quibus dicitur disiunctim, rei vel actoris utilitatem æstimari, ut *L. centum, infr. eod.* & quod idem est, in æstimationem venire, quod interest *alterutrius*, ut dicta *L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc.* nam *alterutrius* valet, alterius ex duobus. Itaque utrobique disiunctiva est oratio, cuius hæc vis est, ut alterum sufficiat. *L. si quis ita, 129. infr. de ver. obl.* Imo ut qui loquitur, non utrumque velit, sed alterum dumtaxat. Arg. *L. si Titio, 16. infr. de legat. 2.* Nec licet, ut videtur, eo nunc confugere, ut quoniam usu iuris ita comparatum est, ut sæpe disiuncta accipiantur pro coniunctis; *L. sæpe, infr. de ver. sig.* ideo dicamus & in superioribus orationibus idem faciendum. Res enim non patitur, ut ita accipiamus; quoniam non semper potest utriusque ratio haberi. Non certe potest, cum reus in mora non fuit, quominus suo loco solveret. Tunc enim utilitas actoris non venit, ut diximus. Sed etsi per debitorem steterit; quamvis possit iure æstimari utriusque utilitas; re tamen ipsa sæpe fit, ne veniat in æstimationem: quia utriusque non interest, sed huius, aut illius, aut neutrius. Unde bene dictum, in æstimationem venire id quod interest *alterutrius*, ut significetur huius aut illius, prout alterutrius interesit. An non ergo potius contraria hæc habenda sunt, utriusque utilitatem venire tam actoris, quam rei; & venire alterutrius, seu rei vel actoris: cum coniunctiva oratio utrumque complectatur; disiunctiva alterum tantum desideret? *d. L. 129. infr. de ver. obl.* Et contraria videri possent, nisi in utraque oratione inesset conditio, quæ rem expediret. Nunc autem ea conditio inest, quæ mentem loquentium satis explicat, docetque utramque orationem eandem vim habere, atque hoc efficere, ut & separatim alterutrius ratio haberi possit, si alterius tantum interesit, & possit ac debeat utriusque, si utriusque intersit. Cum enim hic dicitur, venire utriusque utilitatem, seu quod utriusque interest, perspicuum est dici hac conditione: siquidem ulla sit hæc utilitas utriusque, quæ æstimetur, seu si quid eorum intersit. Unde intelligitur contraria conditione hoc exprimi, si non intersit utriusque, sed unius, huius solius rationem haberi, sic tamen; ut nihil referat, utrum actor sit, an reus; si neutrius intersit, nihil æstimari. Atqui illius alterius orationis disiunctivæ eadem vis est. Cum enim dicitur, æstimari quod alterutrius, seu quod rei vel actoris interest, inest hic quoque illa eadem conditio, si huius aut illius intersit. Porro qui dicit, separatim actoris rationem habendam, si eius interest, & rei separatim eadem conditione si eius interest: aperte hoc exprimit etiam coniunctim utriusque habendam rationem, si utriusque simul intersit: quoniam non minus huius aut illius interest, etsi coniunctim utriusque interest: neque vero unius utilitas alterius utilitatem aut ius excludit: cum ut natura utriusque interesse potest, sic & per rerum naturam ratio haberi possit utriusque. Ita in summa orationes superiores figura verborum partim coniunctivæ sunt, partim disiunctivæ; re autem & potestate sunt utrumque: quia efferuntur sub conditione, qua fiat, ut sub conditione etiam contraria, modo disiunctio, modo coniunctio, intelligatur. Dici etiam potest in *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* potius dictum esse, quod alterutrius interest, quam quod utriusque, ut appareret definitio ad dubitationem, quæ vetus in hac actione inerat. Ut enim ostendi initio huius capitis, constabat alio loco petenti actionem propositam esse, sed arbitrariam, idque rei causa, ut loci utilitas quæ illi stipulatione quæsita erat, arbitrio iudicis ei salva esset. *d. §. loco, Inst. de act.* Vetus dubitatio fuit, an & actoris rationem haberi oporteret. Ac tandem receptum, ut eius quoque haberetur, ut hic significatur in principio, & in *§. ult.* Ad hoc exprimendum definitio *d. L. 1. C. ubi conven.* collata est, & consulto ita concepta, *in quam venit æstimatio, quod alterutrius interfuit:* ut significaretur nihil referre, utrius ex litigatoribus interesset, reine, an actoris. Uter eorum esset, eius rationem haberi, tam actoris scilicet, quam rei, ut hic scriptum

ptum est. Qui autem dicit etiam actoris haberi rationem non minus, quam rei, non negat utriusque esse habendam, si utriusque simul interest. Quin potius utriusque habendam esse confirmat, quandocunque eius intererit. Rata igitur sint tria illa, quæ in definitione Ulpiani initio hic tradita tenenda esse supra proposuimus: ut arbitraria actio, qua alio loco agitur, sic utriusque iam actoris quam rei utilitatem contineat: ut actoris utilitas veniat solum hac conditione, si per debitorem steterit, quo minus suo loco solveret; rei autem semper, etsi moram fecerit. Si quando autem eveniet, ut utriusque intersit suo loco solvi, & ratio actoris habenda sit, quod sit, si debitor solutioni moram fecerit: dicendum, tum vere utriusque utilitatem venire, ut æstimetur scilicet simul quod utriusque interest, non quod alterutrius.

8 Quod si rei interest.] † Utilitas utriusque, seu quod utriusque aut alterutrius interest, in æstimationem venit, quod ante definierat. Quomodo æstimetur, quæritur: de quo subiicit. In eo autem hæc dubitatio est. Eo enim æstimari constat, quod huius aut illius interest, ut ei cuius interest, præstetur ab adversario sententia iudicis. Quæritur ergo, ut ei præstetur, an adversarium in eam utilitatem damnari oporteat, an aliqua alia via sit ad eam rem compendiosior. Et monet, si de actoris utilitate agatur, reum in hanc summam condemnari debere, ut eum fortis condemnationi huius summæ condemnatio accedet, maioris pecuniæ condemnatio fiat. At si agatur de utilitate rei; compendiosam hanc esse viam, non ut actor in eam damnetur, ut sic deinde eius summæ fiat compensatio cum ea summa, quam reus debebit; sed ut ea compensatione iam ante præsumpta, minoris pecuniæ fiat condemnatio a iudice, quam intentatum est. Itaque si proponas centum deberi Capuæ, & quod pecunia Capuæ suo tempore soluta non est, parato ibi accipere, damnum passus sit actor ad viginti: reus alio loco conventus in centum & viginti damnabitur. At si rei intersit ibi solvi ad viginti: non condemnabitur reus in centum, & actor in viginti; sed una erit condemnatio, qua iudex statim id consequatur: ut scilicet reus damnetur in octoginta. Hæc enim summa reliqua futura erat, si reus in centum, & actor in viginti damnatus esset: ac deinde reus hæc viginti cum aliis viginti quæ debet ex forte, pensare vellet. Atque hæc ita sunt, si aut solius actoris intersit, aut solius rei. Quid fiet, si simul utriusque intersit, pecuniam suo loco solvi, & rationem utriusque haberi velimus? Conveniens est superiori rationi, quod Ioannes sensit, ut concurrentium quantitatum compensatio fiat; quod reliquum est, ita habeatur, ut solum sit æstimandum, æstimeturque ad rationem superiorem, prout id quod excedit, actoris erit, aut rei. Ut puta, rei utilitas est decem, actoris quinque: compensabuntur quinque invicem: quæ reliqua sunt quinque ex decem, sic habebuntur, quasi solius debitoris ad eam quantitatem intersit. Quo constituto, consequens est Ulpiani sententiæ, ut eatenus minoris fiat condemnatio: idemque valet vice versa.

CAP. XIII.

Ad §. Hæc autem actio &c.

Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te, Ephesi decem dari.

Si quis Ephesi X. aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo.

Ad §. Non utique &c.

Scævola *lib.* 15. *Quæstion. ait,*

Non utique ea, quæ tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate. Sed quid debeat, esse in eius arbitrio: an debeat, non esse. & ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promisit, eligere posse, quem solvat, quandiu ambo vivunt: cæterum ubi alter decessit, extingui eius electionem: ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum præstare quem solum debet. Quare & in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio ubi ab eo petatur: conveniri non potuisse. Semper enim alium locum electurum. Sic evenire, ut sit in eius arbitrio, an debeat. Quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adiectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat; reum ubi solvat: scilicet ante petitionem. Proinde mista (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem & in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

S U M M A R I A.

1. *Ex stipulatione* Ephesi dari, *venire actionem hanc arbitrariam, quomodo accipiendum.*
2. §. Scævola *unus contextus, & coniuncta sententia cum præcedenti.*
3. §. Scævolæ *summa: & num* 10.
4. *Tacite quæ insunt stipulationi, non esse semper in rei potestate. quid sit.*
5. *In Alternativis electio debitoris, quando.*
6. *In Electione dandi reus voluntatem mutare potest, quoties velit.*
7. *Electionem actor habet, utro ex duobus locis disiunctim constitutis agat, & potest uno agere sine alterius loci adiectione, vel altero loco detracto; & hoc quid sit.*
8. *Electionem ubi solvat, habet reus ante litem contestatam, post amittit: & cur utrumque.*
9. *Electio actoris est, etiam in rebus disiunctim promissis, cum locorum alternationi mixta est rerum alternatio. & quare.*
11. *Locis duobus constitutis, si alio agatur, & de æstimanda unius ex constitutis utilitate quæratur, electionem esse actoris, utrius loci utilitatem æstimari velit.*

GEneraliter tenendum est, arbitraria actione agi posse non tantum de eo, quod certo loco dari stipulatione promissum est, sed & de eo, quod quavis ex caussa & obligatione certo loco dari debuit: ut, si quid a testatore iussum sit dari certo loco; si pecunia mutuo data, ut certo loco reddatur. *L. si heres,* 5. *& L. seq. infr. eod.*
1 † Quid est igitur, quod Ulpianus initio hic dicit, *hanc actionem venire ex illa stipulatione, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari?* Si ex illa stipulatione solum intelligit: falsum. Si ex aliis etiam caussis, ineptum & fallax: cum non potius ex illa caussa, quam ex aliis dicere debuerit. Imo ex illa stipulatione venire hanc actionem, nec otiose, nec minus vere dictum est. Ut intelligatur ex illa sola: non tamen ut excludantur cæteræ caussæ diversæ a stipulatione; sed ut stipulationes aliæ diversæ ab ea, quæ nunc proponitur. Non enim dicit, hanc actionem venire ex stipulatione, qua quid certo loco dari promittitur, qui-

quibus verbis excluderentur cæteræ causſæ & conventiones; ſed venire ex illa ſtipulatione; ut intelligatur, ex illa, non ex aliis: quod & verum eſt. Eſt enim hic genuinus ſenſus Ulpiani hoc loco, qui ex ſequenti §. perſpici poteſt; cum quid certo loco dari promiſſum eſt, non poſſe peti id alio loco, niſi arbitraria actione; ſed ita, ſi promiſſum ſit uno loco dari, puta Capuæ, quale eſt exemplum, quo Ulpianus utitur. Sic, inquam, alio loco, quam Capuæ peti poteſt, ſed arbitraria actione dumtaxat; ideſt, hac conditione, ut Capuæ mentio fiat, & eius loci utilitas reo ſervetur. Diverſum, ſi quid promiſſum ſit pluribus locis diſiunctim, ſeu ſub alternatione hoc modo: decem Epheſi, aut Capuæ dabis? vel decem Epheſi, aut Capuæ Stichum dabis? quod exemplum ſtatim ſubiicit diſſimile priori. Cur autem in hac genere diverſum? declarat in §. *Scævola, ſeq.* quia in ſtipulatione poſteriore, duobus locis ita expreſſis, licet quidem ſtipulatori Epheſi potius quam Capuæ, & Capuæ potius quam Epheſi, & in ſumma uno potius loco quam altero pro arbitrio experiri; ſed licet ei facere, altero etiam loco detracto: & quod idem valet, licet altero loco experiri ſine alterius loci adiectione: ideſt, ut ego interpretor, licet altero loco experiri pure, non arbitraria actione: non ita, ut alterius loci utilitas æſtimetur, & præſtetur reo. Hoc, inquam, eſt, quod ſubiicitur in *verſ. ſeq.* & §. *Scævola:* declaraturque in illis verbis QUARE PUTAT POSSE. † Quod ut plane intelligatur, etiam animadvertendum eſt, ſententiam *verſ. ſi quis Epheſi*, & §. *Scævola, ſeq.* coniunctam eſſe, & huius quæſtionis diſputationem continere. Unde & hi §§. duo bene leguntur in Pandectis Flor. uno contextu, non ita, ut ante in exemplaribus vulgaribus, ut §. *Scævola*, ſit L. 3. cuius initium ſit, NON UTIQUE. Sed illud magis animadvertendum, quod alios in explicatione huius loci fefellit, *in verſ. ſeq. Si quis Epheſi*, non tradi ſententiam affirmativam, ut vulgo ſententia punctis notatur; ſed proponi quæſtionem per interrogationem, ut ſit: *non debet*, pro *an non debet*: ſeu *debetne, detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo?* De qua quæſtione ita poſita deinceps reſpondetur ex diſputatione Scævolæ ſubiecta in §. *Scævola:* quam ob cauſſam & is locus non § diſiuncto, ſed continenti oratione legi debet. Id ita eſſe duobus argumentis certiſſimis convincitur. Primum quod Ulpianus in §. *Scævola, verſ. Quare putat*, verbis Scævolæ diſerte affirmat, in ſtipulatione propoſita, *Epheſi aut Capuæ dari*, poſſe uno loco agi, etiam altero non adiecto, ut ſic nec alterius loci utilitas reo præſtetur. Ex quo intelligi debet, nihil eum prius contra affirmaſſe, ut diceret, ſi quis uno loco ageret, non debere eum detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. Nunquam enim ſanus homo eodem in loco tam contraria conceptis verbis ſcriberet. Quod ſi non affirmavit, in principio actorem non debere experiri: relinquitur, ut an non deberet, ſolum in quæſtione poſuerit. Deinde in *verſ. Quare & in propoſito:* his verbis, *& in propoſito*, evidenter declarat, ſe quæſtionem propoſuiſſe de ſtipulatione ea, de qua reſponſum Scævolæ agit: cum ſcilicet promiſſum eſt, aliquid dari Epheſi aut Capuæ. At eam quæſtionem non propoſuit, ac ne attigit quidem prius in §. *Scævola*, ut ex lectione apparet. Neceſſe eſt igitur, eam quæſtionem intelligat, quam de ea ſtipulatione propoſuerit in *verſ. præced. Si quis Epheſi:* quam & illic indeciſam reliquerit; poſt autem de ea ex profeſſo reſpondeat in *d. verſ. Quare & in propoſito*. Hoc interpretes non aſſecuti hoc loco, in duo magna incommoda impegerunt. Unum, quod in *verſ. Si quis Epheſi*, orationem affirmativam ſtatuentes, antinomiam ſibi nexuerunt indiſſolubilem ex §. *Scævola, verſ. Quare putat*. Alterum, quod non animadvertentes ſcopum diſputationis Scævolæ, quæ ſubiicitur, coguntur fateri Ulpianum in *d.* §. *Scævola* invehere diſputationem de obligationibus alternativis; rem alieniſſimam a tractatu de eo, quod certo loco dari promiſſum eſt, de quo nunc agitur.

Hoc intellecto, redeo ad quæſtionem, & reſponſum de ea tum Scævolæ, tum Ulpiani. † Quæſtio eſt, in qua quæritur, 3 cum quis ita ſtipulatus eſt, *Epheſi decem, aut Capuæ Stichum dari:* an poſſit creditor altero loco ex his agere, prout velit, etiam alterius loci utilitate omiſſa; an vero non debeat altero detracto experiri, ne eius utilitatem auferat reo. Non videbatur detracto altero loco poſſe. Cum enim illud aut illud promiſſum eſt, & generaliter, cum plura ſtipulatione comprehenſa ſunt diſiunctim, ſeu alternatim, placet debitoris eſſe electionem. §. *huic autem, Inſt. de act. L. plerunque*, §. *ult. infr. de iur. dot. C. in alternativis, de reg. iur. in. 6* Conſentaneum igitur, ut ſit & in propoſita ſpecie electio debitoris, utro loco conveniatur. Porro hæc electio facit, ut uno loco electo alter perin-

inde habeatur, quasi nec adiectus esset. Unde eveniet, ut si reus altero conveniatur, debeat etiam alterius electi utilitas æstimari: ut fieret, si debitor alio loco conveniretur, quam de quo convenisset. Ulpianus autem verbis Scævolæ respondet, licere in proposito creditori altero loco experiri, & rem ei loco destinatam ibi petere, prout velit, sine alterius loci adiectione. Quæ summa est disputationis Scævolæ, quæ sequitur in *d. §. Scævola*. Constat autem locus hac argumentatione: cuius partes ad intelligentiam loci diligenter observandæ sunt. Non debet in arbitrio debitoris esse electio, qua fiat, ut si velit, non debeat. Cum autem quid promissum est, Ephesi aut Capuæ dari, si electio debitoris est, utro loco ex his solvat: erit in eius arbitrio, an debeat: & quidem efficiet, si volet, ne debeat: uno enim loco conventus semper alterum eliget. Quare in his non debitoris ubi solvat, sed creditoris, ubi petat, electio esse debet. Si electio creditoris in locis, erit & in rebus superiore stipulatione comprehensis: utrumque ita, ut cum uno loco ex his suo proprio iure agat, non necesse habeat arbitraria actione experiri, idest, ita, ut alterius loci utilitatem reo tribuat. Propositio est in initio: Assumptio in illis verbis, Quare et in proposito. Conclusio illic, Quare putat. Et hæc in locis. De rerum electione in extremo, illic, Proinde mixta. Nunc singulas partes ordine exponam.

Ait, non utique ea quæ tacite insunt stipulationibus. His verbis Scævola statim initio occurrit tacitæ obiectioni illi, de qua supra diximus. Nam hic creditori locum, in quo agat, eligenti opponitur regula iuris de stipulationibus alternativis: in quibus traditur, electio-
4 nem esse debitoris, non creditoris. † Occurrit, inquam, statim initio Scævola, & significat, ut plurimum id ita esse, sed non semper. Hoc est enim, quod ait: *ea quæ tacite insunt stipulationibus, non utique*, idest, non continuo, non omnimodo semper *in rei esse potestate*. Ea dicuntur tacite stipulationibus inesse, quæ dantur & competunt ex stipulatione aut reo, aut stipulatori; sed utri tribui debeant, incertum, quia verbis stipulationis expressum non est. Cuius generis est electio locorum, cum quid Ephesi aut Capuæ dari promissum est; electio rerum, cum decem, aut Stichus promissus est; electio solutionis in tempore, cum quid promissum est Calendis, & quæritur, an reus etiam ante Calendas solvere possit, necne.

Non sunt hæc, inquit, semper in potestate, idest, non semper reo tribuuntur, ut de illis pro arbitrio possit statuere, vel ut his utatur ipse si velit, vel ut ea permittat creditori. Hinc Scævola subiicit, quando hæc sint in rei potestate, quando non sint, unde propositionem extruit argumentationis propositæ. † Sic igitur 5
definit: *quid reus debeat, esse posse in eius arbitrio; an debeat, non esse*. Sensus est: tunc debitoris electio est in alternativis, cum electio ei tributa hoc relinquit, ut aliquid debeat & solvat, sitque electio in eo solum, ut quæratur, quid debeat. Quod si ei tributa electio faciat, ut si velit, nihil debeat: tum sane electio eius esse non debet: neque enim in arbitrio eius esse convenit, an debeat. Quod sumptum est ex iis regulis, quæ sunt de interpretatione cuiusque obligationis. Nam cum aliquid ambiguum est in stipulatione, placet quidem stipulationem interpretandam esse pro reo contra stipulatorem, *L. stipulatio ista, § in stipulationibus, L. quidquid, infr. de verb. obl.* idque propter favorem tum reorum, tum liberationis: *L. favorabiliores, infr. de reg. iur. L. Arrianus, infr. de obl. & act.* Sed hæc interpretatio tandiu recipitur, quandiu ex ea aliquid deberi potest. Quod si ita interpretando stipulatio fiat inutilis: ibi placet verba pro stipulatore interpretanda contra promissorem: alia regula ita dictante, semper in stipulationibus id accipiendum esse, quo res de qua agitur, valeat potius quam pereat: quia scilicet hæc mens fuerit contrahentium, ut aliquid agerent, non ut luderent, *L. quoties in actionibus, L. ubi, infr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, infr. de verb. obl.* Hanc propositionem confirmat in illis verbis, Et ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promittit. Est enim in his verbis non tam illatio ex præcedenti propositione, quam propositionis confirmatio. Illatio quidem est, ut est figura verborum; sed illatio eo comparata, ut ex superiore definitione inferat eam sententiam, quæ si in hac specie vera est, ut certe vera & in confesso est: necesse sit, intelligi veram esse & illam definitionem generalem, unde hæc sententia ducitur. Et ideo effectus hic positus ad caussam probandam: quam & vim horum verborum notavimus in *L. 3. vers. pen. supr. de condict. triticiar.* Argumentum autem tale est: Cum quis stipulatus est Stichum aut Pamphilum: quandiu ambo vivunt, electio debitoris est, utrum solvat, & qui-

dem perpetuo, donec solverit, *L. plerunque*, *§. ult. infr. de iur. do. L. qui ex pluribus*, 106. *L. eum qui certarum*, 138. *§. ult. infr. de ver. obl.* Uno autem mortuo exstinguitur electio debitoris, qui eum, qui restat, solum debere incipit. *L. Stichum, in pr. infr. de solut.* Quæ non alia de caussa in eadem specie stipulationis ita recepta sunt, quam quod utroque vivo, dum debitoris electio est, quod solvat, saltem hoc manet, ut sit quod solvat, nempe alter ex duobus. Cum autem unus mortuus est, si adhuc debitori electionem servamus, eveniet, ut sit in arbitrio eius, an debeat, atque adeo ut nihil debeat: mortuum enim eliget, ne vivum præstet: atque ita nihil dabit. Stat igitur propositio hæc, nunquam debitoris electionem esse debere, ubi electione efficietur, ut sit in eius arbitrio an debeat.

Ait, quare et in proposito eum qui promisit. Assumptio est, ut dixi, institutæ argumentationis, hoc modo. Si in proposito cum quis promisit Ephesi aut Capuæ, erit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur: futurum est, ut conveniri non possit. Semper enim, inquit, alium locum eliget. Sic eveniet, ut sit in eius arbitrio, an debeat. Non extulit quidem hanc assumptionem particula aversativa, ut in assumptionibus argumentorum fieri solet; sed quasi concludens aliquid, dixit, *Quare in proposito*: in quo lectores falli possunt. Sed nihilominus assumptionem esse apparet, quæ definitionem generalem quæ præcessit, ad speciem & quæstionem propositam accommodat. Ideo autem collectionis & illationis particula potius usus est, quia huius assumptionis caussam & rationem ex præcedente sententia ducebat. Dixerat enim prius, cum ex duobus hominibus promissis unus mortuus est, ibi electionem debitoris non esse, quia alioqui esset in eius arbitrio, an deberet; idque hac ratione: quia posset eligere mortuum, dum non vult vivum præstare. Si hoc in electione rerum recte dicitur, bene colligit probandum esse & in locorum electione: quia & hic eadem ratio sit, quæ superius. Si enim electionem locorum reo dabimus, sequetur, ut conveniri non possit, eoque nec debeat eadem illa ratione, quia semper alium locum sit electurus. † Animadvertendum est, quod ait, 6
semper. Quo vult intelligi debitorem si ei loci electionem demus, uno loco conventum sic posse alterum eligere, ut possit id facere non semel; sed ita, ut si eo loco conveniatur, quem prius elegit, liceat tamen ei alterum illum rursum eligere, quem repudiaverat, & ita in infinitum voluntatem mutare, quoties velit, donec aliquid solverit. Idque in electione debitoris ita esse traditur in *d. L. eum qui certarum*, 138. *§. ult. de ver. obl.* Hæc vero facultas mutandæ voluntatis in locis conventionis aperte facit, ut reus si velit, nihil debeat.

Ait, quare putat posse ab eo peti. Hic conclusio est argumentationis, qua de locorum electione ita colligit: † 7
Si in proposito loci electio reo tributa faeit, ut is si velit, nihil debeat: ideo electionem ei dandam non esse, ubi conveniatur, sed stipulatori, ubi petat: & addit, quod ad quæstionem initio propositam pertinet, actorem sic *petere posse altero loco*, ut possit *& sine loci adiectione*. Non dixit, loci alterius. Sed hoc satis intelligitur ex verbo *adiectionis*. Non enim potest locus adiici, nisi alius. Hæc autem verba sine alterius loci adiectione valent: altero loco non adiecto, vel altero loco detracto, ut in quæstione proponenda expressum est initio in *vers. si quis Ephesi.* Quæ omnia hanc significationem habent, posse stipulatorem altero loco, quem velit, experiri ita, ut neque alterius loci mentionem faciat, neque eius alterius loci utilitas æstimari debeat. Alterius loci mentionem facere non debet: quia cum habeat loci electionem, uno electo perinde habendum sit, quasi is solus esset in obligatione. *L. si quis stipulatus*, 112. *in pr. infr. de ver. obl.* Eadem ratio facit, ut dum uno loco agit, alterius loci ratio haberi non debeat: quia si uno tantum loco dari quid promissum esset, & eo loco ageretur, ut fieri volumus, cum ex duobus disiunctim positis unus electus est, eius solius loci utilitas æstimaretur, non alterius cuiusquam. *L.* 4 *in pr. hic.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur, cum alio loco agitur, alterius loci stipulatione comprehensi utilitatem reo æstimandam & præstandam esse, hac *L.* 1. *in pr. & §. loco, Inst. de act.* Hoc enim ius adversus eos solum comparatum est, qui alio loco petunt, quam quo ex stipulatione dari debuit. *L.* 1. *supr. eod. d. §. loco.* Nunc autem cum duobus locis disiunctim aliquid dari promissum est, & altero ex his agitur, semper verum est, loco constituto agi, non alio. Ex quo efficitur, quod diximus, eius quoque solius utilitatem esse spectandam.

Ait: et generaliter definit Scævola. Dixerat, in locis stipulationis propositæ actori dari electionem petitionis. † Quæreret ergo aliquis, an non sit 8
in po-

in potestate rei, utro loco ex his velit solvere. Quod si fit, an non hæc contraria videri debeant, posse reum eligere, ubi solvat, & nihilominus actorem posse eligere, ubi petat, ideo quod in superiore sententia obscuri erat, explicat, & ostendit, sic actorem electionem habere, ubi petat, quod prius posuerat: ut nihilominus reus electionem habeat, ubi solvat. Neque ideo hæc inter se contraria esse: quia reus istam electionem habeat ante petitionem, idest, ante quam uno loco petierit. Quo significat, postquam petiit, sic procedere intentionem eius loci, ut reus alibi offerendo eam petitionem evitare non possit, sed cogatur ibi solvere. Ubi petitionem usitato more iuris auctorum, non quamlibet interpellationem actoris accipere debemus; sed eam, qua iudicio petitum est, idest, litem contestatam. *L. amplius, infr. rem rat. hab. L. si quis stipulatus, 57. infr. de sol.* Itaque hæc sententia est definitionis huius loci: reum, qui promisit decem Ephesi aut Capuæ, posse ante litem secum contestatam altero ex his locis pecuniam offerre, ut oblatam recusare creditori impune non liceat; sed aut ea obsignata liberetur in totum reus, aut sine obsignatione creditor qui non accepit, moram faciat: unde quandocunque postea alibi petetur, servari debeat prioris illius loci utilitas reo, quam non amisisset, si creditor accipere voluisset. *L. qui decem, infr. de solut.* At si semel cum reo actum sit uno loco, & lis cum eo contestata: tum incipere vere & immutabiliter pecuniam peti, ut iam non modo non liceat reo in alium locum revocare, sed nec alibi solvere invito creditore. Quod ius non in hac caussa tantum valet, sed perpetuum est: ut cum ad evitandam aliquam petitionem licet alterius rei præstatione defungi, tandiu eam facultatem retineamus, donec lis contestata fuerit: post litem autem contestatam eam amittamus. *d. L. si quis stipulatus, 57. de sol. L. si insulam, infr. de ver. obl. L. 1. infr. de pen. leg. L. cum fine, infr. quan. di. leg. ced.* Sed videamus, ne hæc definitio ipsa secum pugnet. Nam si debitor post litem contestatam electionem non habet, ubi solvat, quomodo habet ante litem contestatam, si nihil novi natum est? & contra si hanc electionem habet ante litem contestatam, cur eam litis contestatione amittit? Et recte utrumque propriis rationibus. Cum enim ante litem contestatam altero loco ex duobus debitor solvit, facit, ut aliquid debeat, atque etiam præstet: nempe id quod solvit. Supra autem a Scævola definitum est, quandiu electio facit, ut debitor aliquid debeat, tandiu in arbitrio eius esse, quid solvat. Lite contestata si nihil novi incideret, nihil posset dici, cur non & tunc eandem electionem retineret, cum & tunc uno loco solvendo pariter faceret, ut aliquid deberet: quæ caussa erat prioris electionis. Sed litis contestatio ut res nova est, ita ius novum postulat. Litis contestatione debitor hanc electionem amittit ideo, quia quod prius debuit duobus locis disiunctim, idest, Ephesi aut Capuæ: id lite semel uno loco contestata, eo solum loco debere incipit. Iudicio enim accipiendo contrahitur iudicati obligatio de re iudicio petita. *L. 3. §. idem scribit, infr. de pec.* Hæc obligatio semel petitori quæsita, postea facto debitoris ei adimi aut mutari non potest. *L. ult. supr. de pact. L. habere, in fi. infr. de evict.*

Ait, proinde mix. a, inquit, rerum alternatio. Nondum plene responderat ad quæstionem propositam. Nam superius solum effectum est, electionem loci stipulatori dandam esse, ubi idem Ephesi aut Capuæ dari promissum est, id est, idem duobus locis sub alternatione. Nunc autem proposita est ea stipulatio, in qua *locorum alternationi mixta est rerum alternatio*, ut Scævola loquitur: id est, in qua non tantum quid promissum est duobus locis sub alternatione, id est, disiunctim; sed præterea duæ res promissæ sub eadem alternatione: puta decem, aut Stichus. Et hæc mixta sunt locorum alternationi hoc modo: decem Ephesi, aut Capuæ Stichum dabis? Hæc enim illa est stipulatio, quæ proponitur in §. 1. *huius L. 2.* illic, *Si quis Ephesi*, de qua responderi dixi verbis Scævolæ in §. *Scævola*. Porro rebus disiunctim promissis non dubii loci rerum electionem faciunt debitoris. *L. plerunque, §. ult. infr. de iur. §. huic autem, Inst. de act.* Hoc igitur restabat, ut & de eo Ulpianus responderet. Quod & facit verbis eisdem Scævolæ, cuius de tota illa quæstione responsum *Libro 15. quæstionum* extabat. † Sic 9
ergo Scævola respondet, ut loci electione actori data, quod supra constituerat, hinc colligat in proposito etiam rerum electionem ei dandam. At enim rebus sub alternatione promissis, placet, electionem esse debitoris. *d. L. plerunque, §. ult. de iur. dot. §. huic autem, Inst. de act.* Hoc ita esse agnoscit semper alias, cum rerum alternatio mixta non est, ut nunc proponitur. Hæc mixtura *facit*, inquit, *actoris electionem & in re propter locum:* idest

idest propter loci electionem, ut recte Accursius interpretatur: Neque enim locus solvendi stipulationi adiectus aufert ipse per se electionem debitori, sed locorum alternatio, & horum electio, quae actori tribuitur. Quid enim, si quis promisisset decem aut Stichum Ephesi? Non eo minus rerum electionem haberet, quam locorum alternatio, quae nulla est, non abstulit. Non ergo simpliciter in proposito propter locum solutioni adiectum actoris electio est in rebus distinctim promissis; sed propter loci electionem, quae hic actori tributa est. Idque est, quod Scaevola vult intelligi: ideo scilicet in proposito electionem rerum ex necessitate fieri actoris, quia & is prius loci electionem habeat. Unde hanc sententiam infert ex praecedentibus; ubi actorem dixerat, non locum habere, sed loci electionem, ubi petat. Addidit, *ex necessitate*: indicans necessitatem non absolutam, sed consequentiae, qua fiat, ut sic priori illa electione loci actori data, necesse sit propter hanc etiam rerum electionem sequi. Sed cur necesse, aut cur necessario consequens ex prioris electionis concessione? quia, inquit, *tollis actori actionem, dum vis reservare reo optionem*. Actionem, idest, electionem loci, ac per electionem etiam agendi & petendi potestatem, ut supra ostendimus. Porro in locis electionem esse actoris ubi petat, ne actionem amittat, ante effectum erat & definitum a Scaevola, ut hanc actori tolli ipse absurdum putet. Ex quo efficitur, & rerum electionem in proposito actoris esse debere. Illud in hac ratiocinatione quaestionem habere potest, quod ait: tolli actori loci electionem, & simul actionem, si reo electionem rerum reservemus. Quid enim commune habent loca cum rebus, ut in specie stipulationis proposita necesse sit rerum electione actori adempta etiam detrahi locorum electionem? Id vero sic efficitur, Nam si ex hac stipulatione, decem Ephesi, aut Stichum Capuae dabis? decem petantur Ephesi, & liceat debitori Stichum eligere, licebit simul eligere Stichum Capuae, quia Stichus Capuae promissus erat. Et e converso si Stichus Capuae petatur, & liceat debitori decem optare, licebit eadem opera eligere decem Ephesi, quia decem Ephesi erant
10 promissa. † Ita quaestio confecta est. Responsi autem summa haec, quam initio indicavi: nunc nihil vetat fusius explicatius. Si quis Ephesi decem, aut Capuae Stichum stipulatus sit, electionem eum habere, non solum in locis: utrum Ephesi, an Capuae petat; sed etiam in rebus: utrum petat decem Ephesi, an Stichum Capuae. Idque immutabiliter post litem contestatam. Cumque id faciet; tametsi uno tantum loco agat, tamen posse id eum facere etiam sine alterius loci adiectione: idest, ita, ut alterius loci ratio non habeatur. Proinde posse ita experiri ordinaria actione ex stipulatu descendente, non autem actione arbitraria, quae alio loco agenti proposita est: quia ut maxime altero loco constituto non agat, tamen agat eo, qui & ipse solutioni constitutus est. Haec ita, inquam, si quis hic altero loco ex iis quae constituta sunt, experiatur. Quid, si alio loco agere volet? Redibimus ad edictum, intelligemusque etiam alio loco agendi potestatem esse; *L. 1. supr.* sed non nisi arbitraria actione, in qua aestimetur, quanti actoris aut rei intersit decem aut Pamphilum suo loco solvi: aut si forte una tantum res promissa erit Ephesi aut Capuae, aestimetur quanti utriusque interest, altero loco ex his duobus pecuniam solvi. Hac *L. 2. in pr. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. §. loco, Inst. de act.* † In qua aestimatione 11
magis est, ut actoris sit electio, utrius loci utilitatem aestimari velit: quia ante definivit Scaevola in *vers. & generaliter*, reum electionem habere, ubi solvat, sed ante petitionem: indicans post petitionem, idest, post litem semel de re petita contestatam non amplius debitoris electionem esse; sed actoris, non solum ubi petat, sed etiam ubi sibi solvi velit; neque referre, dum sit petitio, quo loco petitum sit, utrum uno ex constitutis locis, an alio. Quod & recte dicitur, ne lite alio loco iam coepta, & eo iam adducta, ut de re iudicari oporteat, sit in potestate debitoris condemnationem prutelare, aut etiam subterfugere, modo unius loci utilitatem eligendo, modo alterius, & in ea re mutando voluntatem, quoties velit; quod utique illi licere debet, si in hac utilitatis loci optione electionem eius esse diximus. *L. eum qui certarum, 138. §. ult. infr. de verb. obl.*

Ad §.

Ad §. Si quis ita stipuletur.

Si quis ita stipuletur, Ephesi & Capuæ, hoc agit, ut Ephesi partem & Capuæ partem petat.

S U M M A R I A.

1. *Locis duobus coniunctim constitutis, summa promissa utroque loco peti debet, singuli tamen pro parte, ut ab initio locis divisa.*
2. *Pars petitur singulis locis sine alterius loci adiectione.*
3. *Aliis locis si agitur, cuius loci utilitas æstimanda sit.*

Dixit, quid iuris sit in electione locorum, eorumque utilitate æstimanda, si decem promissa sint duobus locis disiunctim: puta Ephesi, aut Capuæ. Nunc apte subiicit, quod videri queat simile propter adiectionem locorum: quid sit iuris, si decem promissa sint duobus quidem item locis, sed coniunctim, hoc modo: *Ephesi & Capuæ*. Et ne quis similitudine locorum deceptus, idem hic esse putet: docet breviter, & velut aliud agens, non solum dissimilem hanc stipulationem esse, sed etiam quibus in rebus a superiore differat. *Si quis*, inquit, *ita stipulatur, Ephesi, & Capuæ, hoc agit* (sic enim recte, ut in aliis exemplaribus, non ut in Florent. *ait*, hoc enim non convenit subiunctivæ orationi, *ut petat*, quæ sequitur) *hoc agit*, inquam, *ut Ephesi partem & Capuæ partem petat*. Significat hic hanc stipulationem differre a superiore, ut duabus his rebus differat, loci petitione, & quantitate petitionis, cum locis constitutis agitur. Ex illa stipulatione, *Ephesi aut Capuæ*, uno tantum loco agi posse constitit, cuius electionem stipulator habeat.

1 † Ex hac posteriore *Ephesi & Capuæ*, non solum utroque loco peti potest, si stipulator velit, sed etiam peti debet secundum formam stipulationis: sicque accipi debet, quod hic dicitur Ephesi partem & Capuæ partem peti: Quippe disiunctio unum tantum locum statuit: coniunctio utrumque non tantum stipulatori ad agendum, sed etiam promissori ad utilitatem utriusque loci retinendam. Vis hæc est coniunctæ & disiunctæ orationis. *L. si ita stipulatus*. 126. *infr. de verb. obl.* § *ult. Inst. de her inst. L.* 5. *infr. de cond. inst.* Quod si de quantitate quæritur, quam utroque loco petere oporteat: hæc differentia est, quod ex priore ut uno tantum loco debetur: sic & totum illic deberi, & ex sententia stipulationis totum peti necesse est, siquidem totum promissum est utiliter. Ex posteriore autem hic ostenditur, ut petitio locis dividitur, sic & summam: ut decem Ephesi & Capuæ promissis, non nisi quinque singulis locis peti possint: & hoc ideo, inquit Ulpianus, *quia hoc stipulator agit*: proinde & promissor, qui eandam stipulationem respondendo sequitur. Ergo ideo, quia id actum est. At hoc actum qui intelligimus, cum sola decem uno complexu promissa sint? Nempe hoc modo. Constat decem sola hic promissa esse, & sola deberi. *L. si mihi & Titio*. 110. *L. eum qui ita*, 56. *in pr. infr. de verb. obl.* Hæc si petantur constitutis locis: alterutrum necesse est, aut tota decem singulis locis peti, aut singulis quinque, ut ex bis quinque decem efficiantur. At singulis locis decem solida peti non possunt, ut non amplius debeantur quam decem: sic enim efficerentur viginti, non decem sola. Restat igitur, ut sola quinque singulis locis deberi & peti posse intelligatur. Et recte ita definiemus: quemadmodum summa pluribus personis adscripta, pro numero personarum divisa intelligitur: *L. cui fundus, infr. de cond. & dem. L. reos*, §. *ult. infr. de duo. re.* sic summa pluribus locis adscripta, ut hic, videri debet divisa esse pro numero locorum. † 2
Hinc statuatur, quo loco & quomodo decem ex stipulatione proposita peti possint, ut unius aut alterius loci utilitas æstimetur, aut non æstimetur: quod ad quæstionem huius tituli pertinet, & non minus in hac stipulatione quam in superiore cognoscendum est. Et decem promissis Ephesi & Capuæ, si sola quinque singulis locis debeantur, ut demonstratum est: apparet singula hæc quinque non duobus locis promissa esse, aut deberi, sed uno. dumtaxat: ut de singulis non aliter iudicandum sit, quam si quinque Ephesi tantum promissa essent, aut quinque tantum Capuæ. Quocirca cum quinque petentur Ephesi, non quæremus ut supra, an cum alterius loci adiectione peti debeant, id est,

est, an alterius quoque loci utilitas æstimari debeat. Manifestum est enim æstimari non debere, quoniam quinque petita eo loco promissa non esse constat, Idque ita fieret, si Ephesi tantum quinque essent promissa, & ea Ephesi peterentur. *L. 4. infr.*
3 † Quod si alio loco, quam Ephesi & Capuæ agetur, dum idoneo; non tantum ibi quinque poterunt peti, sed etiam solida decem stipulatione comprehensa: verum arbitraria actione, ut fit in omnibus, quæ certo loco dari promissa sunt, & petuntur alio. *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. d. §. loco, Inst. de act.* In qua actione si quæratur, cuius loci utilitas veniat, consequens est æstimari, quanti alterutrius ex litigatoribus intersit, non solida decem uno loco solvi, sed singula quinque solvi suis quæque locis: nempe quinque Ephesi, & alia quinque Capuæ. Sic enim hæc singula singulis locis, non tota decem uno loco promissa erant.

Ad §. Si quis insulam,

Si quis insulam fieri stipuletur, & locum non adiiciat, non valet stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Insulæ ædificandæ non adiecto certo loco stipulationem inutilem intelligi, quid ad hunc titulum.*
2. *Ex hac stipulatione si alio loco agitur, non directa agi, sed arbitraria actione.*

AIT: SI QUIS INSULAM FIERI STIPULETUR, ET LOCUM NON ADIICIAT: NON VALET STIPULATIO. Idem traditur in *L. qui insulam, 95. L. ita stipulatus. 115. resp. infr. de verb. obl.* ubi huius sententiæ rationem reddidimus.
1 † Id hoc loco quærendum est, quid definitio ad hunc tractatum pertineat: quæ quidem videtur esse alienissima. Constat enim hic solum agi de iis stipulationibus, quibus quid certo loco dari promissum est. Hæc autem definitio de ea stipulatione est, qua quid promittitur, nullo adiecto loco. Et verbis, si quidem intra hæc consisteretur, definitio huic loco non convenit; at sententia atque effectu maxime convenit. Definitio enim ex vi contrariorum hoc efficit, atque adeo eo spectat: ut intelligatur, si quis insulam utiliter stipulari velit, necesse eum habere stipulari insulam certo loco fieri. Quo sensu iam plane definitio ad hoc edictum pertinet. Perinde enim hoc est, quasi Ulpianus diceret, cæterarum rerum stipulationes ad hoc edictum pertinere posse, loco adiecto. Sed hoc, si contrahentes velint, quia possunt locum non adiicere, ut nihilominus stipulatio valeat. At insulæ ædificandæ stipulationem non inutilem omnino huc pertinere, quia hæc necessario locum accipiat: cum, ut hic traditur,
2 loco non adiecto, sit inutilis. † Cui consequens est, ut si promissor intra id tempus, quo insulam ædificare potuit, non ædificarit, possit quidem & alio loco agi cum eo in id, quod stipulatoris interest: non tamen, ut quidam scribunt ad *L. centum, infr. eod.* directa actione, sed arbitraria, in qua loci utilitas in æstimationem veniat. Nunquam enim, quod certo loco dari promissum est, alia actione peti potest, si alio loco agitur. *§. loco, Inst. de act. L. unic. C. ubi conven. qui cer. lo. dar. prom.* Nihil ad rem pertinet, quod locus in hac stipulatione necessario adiicitur. Non enim facit hæc necessitas, quominus verum sit, locum adiectum esse. Quod cum etiam promissoris gratia factum sit: utilitas eius loci ei adimi non debet. Quo nomine potissimum alio loco agenti arbitraria actio proposita est, ut diserte scriptum est in *d. §. loco, Inst. de act.* Quanquam ne in hac quidem stipulatione necessitas ulla est certi loci adiiciendi. Locum quidem adiici necesse est; sed eum certum, qui stipulatione dictus est, non est necesse: cum alio quovis loco adiecto stipulatio valere potuerit, si ibi ædificari stipulatoris interesset. *d. L. qui insulam, de verb. obl.* Illud plane ridiculum est, quod isti dicunt, quia ex stipulatione proposita agitur in id quod interest, eoque incerti: *L. eum qui insulam, supr. de iud.* ideo si alio loco petatur, arbitraria actione non agi. Quid enim? an non potest interesse tam actoris, quam rei illud ipsum quod interest, solvi potius loco constituto quam alio? Quod si interest, an hæc loci utilitas illis servanda non est? Atqui pene plusquam diserte scriptum est in *d. §. loco, Inst. de act.* sic alio loco quam constituto agi posse: ne loci

loci constituti utilitas adimatur reo. Ac propter hanc caussam alio loco petenti arbitrariam actionem esse propositam, in qua utilitatis eius ratio habeatur. Et, rogo, quid ad arbitrariam hanc in hac specie denegandam facit petitio eius quod interest? Imo vero quid est in hac petitione, quod non maxime invitare debeat actionem arbitrariam? Scilicet, inquiunt, venit in hanc stipulationem id quod interest, quod est incertum, eoque & hic incerti obligatio contracta intelligitur. At ista ratione si tibi constarent, tanto magis arbitraria actio alio loco agenti dari debuit: quoniam ipsis etiam paulo post auctoribus arbitraria illa actio incerta est. Quod non leviter tantum dicunt, sed etiam in eo immorantur, ut probent certum arbitrario opponi. Quod si verum est; nae incerta haec actio incertae rei petitioni quam maxime convenit. Illud potius videtur dici posse, quominus alio loco petenti id quod interest, necesse sit in eo arbitraria actione experiri; quod insulam aedificari certo loco promissum sit; at non item eodem loco promissum id quod interest. Quod non ita est. Qui promittit quid fieri, verbis factum, re nihil aliud promittere intelligitur, quam id quod interest, si id factum non sit, quod debuit: ut faciendi verbo vi ipsa contineatur summae & quantitatis promissio, id quod interest. *§. ult. Inst. de verb. obl. L. stipulationes non dividuntur, 72. vers. Celsus. L. quoties quis, 81. L. si quis stipulatur, 112. §. ult. infr. de ver. obl.* Quapropter quo loco quid fieri promissum est, eodem loco si factum non sit, & id quod interest, dari promissum intelligitur. Ut negari non possit, si de eo alibi agitur, quin alio loco agatur, quam quo solvi & dari pecunia debuit. Nam & in obligatione eius quod interest, pecuniam dari debere veteres auctores sunt. *d. L. stipulationes non, vers. Celsus, de verb. obl.* Quod eo dico, ne quis forte hic tergiversetur, & dicat arbitrariam actionem propositam esse de eo, quod certo loco dari debuit. *d. §. loco Inst. de act. Tit. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* non etiam pertinere ad obligationes faciendi, in quibus non dari, sed fieri quid promittitur. Etiam in his, ut dixi, postquam factum non est, quod debuit, pecuniam dari oportet, ut tum incipiat esse dandi obligatio.

Ad §. Qui ita stipuletur.

Qui ita stipuletur, Ephesi decem dari, *si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat: perperam ante diem agit: quia & Iulianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait, eum, qui Romae stipulatur*, hodie Carthagini dari *non utiliter stipulari*.

S U M M A R I A.

1. *Loco adiecto diem inesse, ante quem agi non possit: is dies quis, & unde.*
2. *Ante eum diem agi non posse, ne alio quidem loco, quamvis arbitraria agatur.*
3. *Alio loco cur agi possit arbitraria actione: alio die quam constitute non possit.*
4. *Ante diem qui agit, perperam & male eum agere; & hoc quid sit.*

LOco adiecto, veluti *Ephesi decem dari*, quaesitum est initio, quando ex ea stipulatione agi possit: statimne, quod ex verbis videri poterat, & maxime si alio loco arbitraria agatur; an vero non nisi post id tempus, quo Ephesum perveniri potest. Quod nisi aliquando dubitatum, & inter aliquos controversum ius fuisset, non uteretur Ulpianus in hac re auctoritate Iuliani ad sententiae suae confirmationem; sed ut in iure aperto solet, ita de eo certo affirmaret. Nam dubitatio ex eo, quod traditur, ubi dies obligationi non adiicitur, statim & praesenti die pecuniam deberi, ac peti posse. *§. omnis, Inst. de verb. obl. L. in omnibus obligationibus, infr. de reg. iur.* Cum autem stipulor, Ephesi decem dari, apparet verbis diem non adiici. Quo effici quidam putabant, ex ea stipulatione statim agi posse. † Sed obtinuit, loco adiecto, stipulationi inesse diem, intra quam in locum constitutum perveniri posset: eoque ante eam diem non posse agi. Quae sententia Iuliani fuit, quam & Ulpianus hic confirmat: eademque pro iure certo & ab aliis quoque recepta est. *L. interdum, infr. de verb. obl. §. loco, Inst. de ver. obl.* Non adiicitur verbis hic dies: sed non inest dies stipulationi tunc tantum, cum nominatim 1

natim adiicitur; sed & tunc, cum facti, aut rei promissæ ea natura est, ut per rerum naturam præstari non possit, prius quam aliquod tempus præterierit: & ante nulla petitio est. *d. L. interdum, de ver. obl.* Quod in locis adiectis accidit, in quibus quid præstare, nisi in ea venerimus, non possumus: nec vero potest eo perveniri, nisi intra id tempus, quo natura perveniri patitur. Unde hunc diem non tantum ex æqui & boni interpretatione, sed etiam necessario inesse Iulianus intelligi voluit, ita ut si quid de hoc tempore conventione contrahentium detraheretur, putaret nullam esse stipulationem, tanquam impossibilem. Idque est, quod significat, dum ex prioribus colligit, & Ulpianus confirmat, eum qui cum Romæ esset, stipulatur, *hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.* Quod non al unde efficitur, quam quod natura hunc diem exigit: adversus quam facit, qui eum diem adimit. Id tamen quomodo interpretandum sit, declaratur in *L. ult. §. pen. infr. de ver. obl.* & quæ ad eam sententiam pertinebant, ibi exposui pluribus. Ergo quod certo loco dari promissum est, ante quam præterierit id tempus, quo in eum locum perveniri potuit, peti non potest. Id ita esse constat, si loco constituto agatur: ubi secundum formam stipulationis agitur directa actione, non arbitraria. *L.*
2 *4. infr. eod.* † At quid, si agatur alio, idque arbitraria actione, ut permittitur edicto? nonne ut hac actione agenti licet locum stipulatione constitutum non observare: ita & licere debet non observare diem adiectum, qui propter locum tantum inducitur? Et hic generaliter scriptum est, *ante diem, quo Ephesum perveniri possit, perperam agi:* ut significetur, sive loco constituto, sive alio agatur, ita esse. Et vero in hoc argumento arbitrariæ actionis de eo quæritur, qui alio loco agit, non qui constituto: ut verisimile sit, maxime propter eum, qui alio loco agit, id esse hoc loco definitum. Sed res dubitatione non caret. Licet enim hic quærere, quod supra attigi, cur locum stipulatione comprehensum liceat contemnere, quem constat nominatim adiectum esse; diem autem non liceat, qui tacite tantum inest. Quod quidem videri potest absurdum: cum magis retinendum videatur, quod nominatim adiicitur, & contrahentibus placere constat; quam quod inest tacite, & an contrahentibus placeat, dubitari potest: aut certe utrumque retinendum pariter. † Sed alia remittendi loci caussa est; alia diei taciti. Locus constitutus agenti stipulatori remittitur, propositа alio loco actione: quia fuit necesse id facere, si velimus illum ius suum consequi, ad quod aliter pervenire non potest. *L. 1. supr. eod.* At non est necesse, illi remitti necessitatem diei exspectandi: quia non propter eam moram actio illi amittitur, sed in tempus constitutum differtur. Quod æquius ferre debet, cum hoc ipse sibi imposuerit. Quatenus autem fieri potest, a conditione quam stipulatio initio accepit, discedi non oportet. *L. vero, 12. ver. pen. infr. de sol.* At etiam dicat his aliquis amplius, loco constituto contempto, necesse est diem, de quo agitur, tolli. Hic enim inducitur propter locum: ac loco non adiecto, dies nullus esset. *d. L. interdum, infr. de ver. obl. §. loco, Inst. de ver. obl.* Aut igitur locus adiectus res principalis est, dies tacitus huius loci accessio; aut locus saltem diei inducendi caussa. Atqui utraque de caussa fit, ut loco sublato, dies tollatur: quia & cum principalis caussa non subsistit, non est accessioni locus: *L. cum principalis, infr. de ver. sig.* & quod ob caussam aliquam inductum est, id caussa cessante, & ipsum deficit. *L. quod dictum, supr. de pact. L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur.* Sed in prompto responsio est. Locus constitutus hic remittitur, ac si ita loqui placet, tollitur; at non ante, quam & dies præterierit, quo in locum constitutum perveniri potuit. Neque enim facultatem suo loco solvendi adimi oportet reo, quandiu sine culpa eius ibi solvi potest. Non ergo metuendum est, ne propter locum remissum tollatur tempus eo proveniendi, cum quandiu id tempus pendet, locus constitutus non remittatur. † Notandum quod 4
ait, *eum perperam agere, qui ante diem agit:* quod alibi dicitur male agere: *L. 1. in fin. supr. quan. di. us. leg. ced.* cum is qui pendente conditione agit, ibidem dicatur nihil facere. Quæ non otiose ita distinguuntur. Qui ante diem agit, nihil quidem facit, ut reo noceat, quia actio nondum nata est. *L. cedere, de ver. sig.* At facit, ut sibi noceat. Incidit enim in pœnam plus petitionis, quia tempore plus petitur. Quæ pœna nulla est adversus eos, qui in totum nihil agunt, idest, quibus neque venit, neque cessit dies obligationis. *§. tempore, Inst. de act.* de quo in *d. §. tempore*, quærendum est.

Ad §.

Ad §. Idem Iulianus tractat.

Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere sibi dari oportere. Et [Iulianus] scribit liberationem non contigisse, atque ideo peti posse, quod interest. Marcellus autem & alias tractat, & apud Iulianum notat posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitus accipere non cogar. Plane si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ, & ideo quod interest, solum petendum.

S U M M A R I A.

1. *Certo loco dari promissum, alio loco creditori recte solvitur.*
2. *Adiecto si solvitur, ignorante creditore, proficit reo ad liberationem fortis: non tamen quominus adhuc peti possit id quod stipulatoris interest.*
3. *Nihil obstare creditoris exemplum.*
4. *Insula certo loco ædificanda quid distet a summa certo loco præstanda.*
5. *Adiecto si solvitur, ignorante creditore, quam recte dicatur liberationem contigisse & nihilominus superesse petitionem eius quod interest, idque ita, ut solum peti possit, &* num. 3.

QUod certo loco dari promissum est, puta Ephesi, id invito eo cui ex stipulatione solvi potuit, alio loco solvi non potest: nihil ut interfit, cui quis stipulatus sit Ephesi dari: utrum sibi tantum, an sibi & Titio: & debitor recusanti stipulatori, aut Titio alibi pecuniam
1 offerat. *L. pen. infr. eod.* † Non idem iuris est, si alio loco volenti solutum sit. Nam si stipulatori ipsi solutum erit: & Iulianus hoc loco significat, & Marcellus exprimit in *vers. Marcellus*, sic alio loco volenti recte solvi, ut liberatio contingat, quamvis invitus accipere non cogeretur. Nec quisquam hoc in dubium revocat. Sic enim & aliud pro alio invito creditore solvi non potest: quod tamen volenti ad liberationem recte solvitur. *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet. L. eum a quo, L. manifesti, C. de sol.* Sic nec alii invito creditore solvi potest: quod volente eo aut ratum habente si solvatur, liberatio nascitur. *L. invito, C. de sol.* Quod in alia re, & alia persona accipientis iuris est: id in loco solutionis multo magis recipiendum est: ut in solutione, sicut aliam rem, aut aliam personam; sic alium locum creditor ultro admittendo æque debitorem liberet. Quæ omnia una ratione continentur. Quidquid enim solutionis caussa volens admittit creditor, in eo illi satisfit. *L. 1. supr. qui sat. cog.* Satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, infr. de sol.* Sed hoc, inquam, in loco ita ratum est: si stipulatori ipsi alio loco solutum sit. † Quæsitum est, num 2
idem probandum sit, si quis stipulatus sit sibi aut Titio Ephesi decem dari, & alio loco solvatur, non stipulatori, sed Titio: quæ huius loci quæstio est. Movit quæstionem haud dubie stipulatoris similitudo. Nam ut ex superiore stipulatione stipulatori solvi potest: sic & Titio adiecto, etiam invito stipulatore: & quidem ita ut liberatio ipso iure contingat. *§. plane, Inst. de act.* Quod quis secutus fortasse facile dixerit, etiam huic, ut stipulatori pecunia quamvis alio loco soluta, debitorem liberari, ut sic nec stipulatori ipsi ulla amplius superfit actio. Quod Iulianus negavit. Cuius sententiam Ulpianus hic refert, & adversus Marcellum probat. Sententia Iuliani, quæ initio proponitur, observanda est: quæ duo continet: nempe in proposito, si alibi Titio solvatur, & liberationem non contigisse: & quod consequens sit, posse peti a stipulatore, quod eius interest, pecuniam suo loco solvi, aut solutam esse. *Quod interest*, inquam, solum nihil amplius, ut ipse Ulpianus in extremo explicat. Quæ ideo observanda esse dicimus, ut nota Marcelli, quæ subiicitur, quæ sit, & in quo constiterit, melius intelligatur. Hanc sententiam probaturus Ulpianus necesse habuit dicere, quid sentiret de reprehensione Marcelli, qui

qui Iuliani superiorem sententiam notaverat. Itaque sententiam Marcelli proponit, & quid in ea non probet, ostendit: quo amoto concludit recte Iulianum sensisse. Quid notet aut reprehendat Marcellus in superiore sententia, obscurius est: quia refertur eius sententia concisius, ut quæ plenior ex libris eius peti posset. Mihi videtur hic esse sensus: ut duo fuerunt in Iuliani sententia: ita fuerunt totidem, in quibus quid Marcellus notaret; sed dissimiliter. Prius notando probavit; alterum reprehendit. Illud probat, quod Iulianus in proposita stipulatione dixerat, pecunia alibi soluta liberationem non contigisse, nominatim hac conditione, si Titio adiecto solvatur. Recte Iulianus, si Titio: significare volens diversum esse, si alibi solvatur stipulatori: quod & verum est. Potest enim dici, inquit, etsi alibi stipulatori solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogeretur. Et hoc est, quod Ulpianus ait Marcellum notare, *posse dici*. Notat, idest, annotat, non reprehendit. Neque enim recte diceremus, Marcellus apud Iulianum reprehendit, *posse dici*. Scio huius partis notationem vulgo sic accipi, neque omnino inepte, nec improbabiliter: ut & prius dictum Ulpiani reprehendatur his verbis a Marcello, quasi vellet Marcellus intelligi, si pecunia stipulatori alibi soluta, liberatio contingit: dici debuisse etiam tunc hanc contingere, cum Titio pecunia alibi soluta esset. Sed manifestius est, vere a Iuliano dictum esse, liberationem in proposito non contigisse, quam ut id a Iurisconsulto magno, qualis fuit Marcellus, in quæstionem vocari, nedum reprehendi debuerit, ut postea dicetur. Manifestior etiam stipulatoris & Titii adiecti dissimilitudo, cum de potestate aliquid de stipulatione remittendi quæritur, quam ut illi in hac re comparari debuerint, aut etiam potuerint. Ut plane verisimile non sit, Marcellum hanc partem Iuliani sententiæ aut reprehendere, aut ad eam reprehensionem ista comparatione uti voluisse. Sed & hic reprehensionem Marcelli nullam esse declarat, quod Ulpianus in extremo notam Marcelli diluens, de hac reprehensione nihil respondet; non omissurus omnino, si etiam adversus hanc partem in superioribus verbis aliqua reprehensio fuisset. Iuliani enim sententiam adversus Marcelli reprehensionem tueri volebat, ut extremum disputationis indicat. Sed & ad sequentem reprehensionem, quam vere reprehensionem posterioris partis esse constabat, ipse respondit. Si duæ hic reprehensiones Marcelli fuissent, non fuit caussa, cur unam attingeret, alteram omitteret: cum de tota superiore sententia Iuliani quæreretur, quam & ipse probare instituerat. Nec minus hoc idem probat particula, *plane*, quæ sequitur, & qua sequentem reprehensionem ingreditur. Ait enim, *plane si non contigit liberatio:* quæ oratio de prioribus quid mutat, ac veluti corrigit, particula enim, *plane*, excipiendi & corrigendi vim habet. *L. 5. vers. plane, supr. de in lit. iur.* Prius ergo probaverat sententiam, qui hanc approbationem subiecta reprehensione mutat, ac corrigit. Et omnino eorum verborum hic legitimus sensus est, quasi ita dixisset: sed ut prius vere dictum sit a Iuliano; at plane illud non recte, quod sequitur. Verius est igitur, quod in priore parte sententiæ Iuliani notatur a Marcello, notari ad confirmationem eius, non ad reprehensionem. Ac quam vera sit confirmatio, quamque conveniens Iuliani sententiæ, ex verbis apparet. Sequitur nota & reprehensio Marcelli in iis ipsis verbis, quæ commemoravi, *Plane si non contigit liberatio*. Illud ergo posterius hic reprehendit, quod Iulianus, cum posuisset, si Titio alibi solvatur, non contigisse liberationem: nihilominus solum ait, stipulatorem petere posse quod sua interest. Ut maxime prius vere dici potuerit; at plane, inquit Marcellus, verum non est, quod dicit id quod interest solum peti posse. Nam *si non contigit liberatio*, ut hoc casu voluit Iulianus: *dicendum fuit, superesse stipulatori petitionem integræ summæ*, idest, & sortis ipsius, & accessionis, non autem solius accessionis, seu eius quod interest. Probat hoc argumento, quod *si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur*. Ad hæc ita Ulpianus. Priorem notam, in qua non erat reprehensio, ut sententiæ Iuliani & suæ convenientem non attingit, quia hanc quoque confirmatam manere volebat. Posteriorem, in qua reprehensio inerat, solum attingit, quia ad tuendam Iuliani sententiam solum erat necesse. Et argumentum Marcelli ita diluit, ut fateatur verum esse, quod ille dicit in fabrica insulæ; sed neget recte colligi ideo idem dicendum esse, cum pecunia certo loco promissa alibi solvitur: quia dissimiles hæ caussæ sint; pecuniæ solutio, & fabrica, idest, exstructio insulæ. Quid ergo hac responsione effici vult Ulpianus? Nempe non recte dixisse Marcellum, cum pecunia Titio adiecto alibi solvitur, *superesse* to-

totius summæ petitionem: non enim superesse petitionem fortis Titio solutæ. Ex quo concludit, quod solum fuit in controversia, quodque solum reprehendebatur, recte hic quoque scripsisse Iulianum, id quod interest solum petendum.

Hactenus responsum Ulpiani, ut mihi videtur, dilucide, & vere expositum. In quo etiamnum tria explicationem certiorem desiderant: de quibus breviter dicam eodem ordine, quo ab Ulpiano scripta
3 sunt. † Primum pro certo sumit, quod priore parte sententiæ suæ Iulianus posuit, pecunia Titio adiecto alibi soluta liberationem non contingere: quam tamen contingere fatetur, si pecunia stipulatori ipsi alibi soluta esset. Hoc enim Iulianus satis significat, de Titio adiecto solum loquens, & Marcellus diserte exprimit, in qua sententia & Ulpianus acquiescit. At hoc concesso, an non prius illud falsum est, cum Titio pecunia alibi solvitur, liberationem non contingere, ut hoc plerique omnes existimant Marcellum sentire? Quod quidem veterum *de Adiecto* sententiæ efficere videntur. Nam ut stipulatori, sic *Adiecto* recte solvi placuit, ut liberatio ipso iure contingat. § *plane*, *Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet, quod ei alibi invito aut ignorante stipulatore solvitur. Nam & invito stipulatore recte adiecto solvi placet. *d. §. plane.* Et ne forte absurdum putemus tantundem hic extraneo, qui dominus non est, quantum stipulatori domino tribui: alibi traditur, *dum adiecto solvitur, stipulatori ipsi solvi videri. L.* si ita stipulatus, 59. *infr. de solut.* Quibus rebus quidam moti nutare cœperunt ad *L. centum, infr. eod.* atque etiam dicere, verius forsitan esse, sive stipulatori sive adiecto alibi sors solvatur, pœnæ petitionem non superesse. Sed qui in re tam aperta sudant, & superioribus etiam obiectionibus moventur, ut sententiam Iuliani hac parte a cæteris dissentientem, & mutandam putent: vel hoc uno satis declarant, quam sint in iure exercitati, quam acutum in rebus paulo obscurioribus cernentes, qui quod in medio est, tot locis a veteribus demonstratum, forma etiam ipsa stipulationis propemodum expositum, non vident. Quanto rectius Bartolus qui quod Ulpianus nihil responderit ad reprehensionem Marcelli, quam ipse in hac quoque parte cum Accursio esse sensit, ideo factum ait, quia ut in re manifesta non fuerit necesse? Et res ita habet. Adiecto recte solvitur non aliter, quam stipulatori, & quidem etiam invito stipulatore; sed hactenus, dum secundum conditionem, quam stipulatio initio accepit, ei solvatur, non aliter: ut puta, dum detur ei, non alii, quantumvis eiusdem iuris persona esse videatur. *L. 9. in pr. L. Stichum, §. usumfructum, infr. de solut.* dum detur, solvaturve pecunia; non etiam novatione, acceptilatione, aut pacto obligatio tollatur. *L. quod stipulatus*, 10. *infr. de sol.* Hæc enim sunt præter formam & verba stipulationis, quibus ita cautum est, ut mihi aut Titio detur: Titio, inquam, nominatim, & detur pecunia, non aliud quid fiat. Proinde & quod mihi aut Titio certo loco dari promissum est, omnimodo recte Titio solvetur, satisque id erit ad omnem liberationem, etiam stipulatore invito: sed dum solvetur loco constituto, ut stipulatio præscribit. Alio loco non licet, quia stipulatio, ex qua hæc omnis extraneo solvendi potestas est, non patitur. Ut conditionem, quam certam habuit hæc stipulatio, immutare stipulator non potest: *L. vero*, 12. *ver. pen. infr. de sol.* sic nec promissor: a quo non magis adversus stipulationem cum iniuria stipulatoris fieri quidquam potest. *L. 5. in fin. infr. de ver. obl.* Cur ergo licet stipulatori alibi accipiendo debitorem liberare; adiecto non item? Si quis hic hæsitat, is in iure aperto puerilitér labitur. In promptu vero ratio est: quia stipulator creditor est; Titius non est: Titio nihil debetur. *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Creditor quod sui iuris est, quovis modo remittere potest, & paciscendo deteriorem conditionem suam constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Et, ut supra dixi, quacunque re solutionis loco contentus fuit, ei satisfactum est. Satisfactio pro solutione habetur. *L. satisfactio, infr. de sol.* Alius autem nec paciscendo, nec debitum accipiendo, quidquam detrahere potest creditoris obligationi. *L. nec filius, C. de reb. cred.* Et generaliter nemo alterius conditionem deteriorem facere potest. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Quæ cum sint explorati iuris in persona adiecti: apparet verum esse, quod ante dixi, non esse, cur putemus Marcellum fuisse tam imperitum iuris, ut sententiam superiorem de pecunia Titio adiecto alibi soluta in dubium vocare vellet, aut quod maioris inscitiæ fuisset, eam damnare, tantum hoc argumento, quod stipulatori ad liberationem etiam alibi recte solveretur: quasi vero stipulator & adiectus pariter creditores essent: aut quasi ad ius creditoris remittendum tantum liceret extraneo adversus dominum invi-

invitum, quantum creditori ipsi, eidemque domino & volenti. Quo magis in eo confirmari debemus, ut existimemus adversus hanc partem in superioribus verbis nullam Marcelli reprehensionem fuisse.

4 Habet præterea † responsio Ulpiani, quod requirat. Nihil enim amplius dicit ad rationem Marcelli, quam sibi videri summæ solutionem distare a fabrica insulæ: neque exprimit, quare videatur distare, quod nobis quærendum est. Nam prima ratione videri possit potius inter hæc nihil interesse. Aut enim volente stipulatore hæc contigerunt, aut invito. Si volente: sive Insula alibi ædificata; sive pecunia alibi quamvis adiecto soluta erit: utrobique promissor liberatur. De summa iam supra probatum est. De insula dubitari non debet. Ut enim quis dederit aliam insulam esse, quæ alio loco ædificatur: tamen constat aliud pro alio volente creditore recte solvi. *L. si quis aliam, infr. de sol. L. manifesti, C. eod.* Neque de ea specie hic agitur, sed de ea, cum promissor pecuniam Titio adiecto alibi solvit, invito stipulatore. Cui promissori si recte comparatur promissor insulæ ædificandæ, illum intelligi oportet, qui & ipse insulam invito stipulatore alibi exstruxerit. Quod si de invito stipulatore hic agitur, ut agitur, quo ignorante vel aperte repugnante aut insula alibi facta, aut summa alibi soluta sit: an non rursum hic dicendum est pariter ex utroque facto debitorem non liberari: cum certi iuris definitio sit, quod quis certo loco dare promisit, alio loco solvi invito stipulatore non posse? *L. pen. infr. eod.* Et utrumque ita esset: nisi in proposito is qui pecuniam alio loco solvit, fingeretur solvisse, invito quidem stipulatore; at solvisse *Adiecto*, cui si locum removeris, ex stipulatione recte solvi potuit. Quod quia hic factum est, ideo recte dicitur distare exstructio insulæ a summæ solutione ea, quæ nunc proponitur. Nam si promissor insulæ ædificandæ alibi ædificarit, nullo consentiente, ac ne *Adiecto* quidem: aperte distat ab eo, qui alibi pecuniam solvit *Adiecto*. Ille namque nullius idonei consensu defenditur, ut potuerit alibi ædificare; hic habet consensum eius, cui ex conditione stipulationis recte solvitur. Quod si stipulatio ædificandæ insulæ ita concepta erit: mihi aut Titio in illa area insulam ædificare spondes? etsi promissor alibi ædificet, mandante aut ratum habente Titio: tamen ne sic quidem liberari potest; distatque etiam hoc casu fabrica insulæ a summæ solutione: quod qui insulam alibi ædificat, quamvis consentiente *Adiecto*, nihil præstat eius, quod debuit, sed plane aliud. Distat enim una domus ab aliis corporibus alibi exstructis, non tantum forma & superficie, sed etiam solo. Si quis pyramidem exstrueret pro insula, aperte non liberaretur, quia structura ipsa & superficie hoc aliud corpus est, quam insula. At etiam si quis insulam eadem forma qua convenit, ædificet alibi: tamen quia solum aliud est, in quo ædificat, non minus & hæc alia insula est, quam ea, quæ in loco designato ædificari debuit. Ut enim locus Cornelianus, Sempronianus, Titianus, alia atque alia loca sunt, ex quibus si unus sit promissus, alium non deberi constat: ita & insulæ, prout aliis atque aliis in locis ædificantur, aliæ atque aliæ insulæ iudicandæ sunt. Sequuntur enim conditionem loci, cui imponuntur, utpote cui cedunt. *§. cum in suo, §. ex diverso, Inst. de rer. divis. L. qui res, §. aream, infr. de sol.* Aliam insulam quam promisit, qui invito stipulatore ædificat, is in totum non liberatur, ut qui aliud pro alio solvat invito creditore. *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* Nec huic ædificatori quidquam profuerit Titii *adiecti* consensus: cum *Adiectus*, ut dixi, formam stipulationis remittere non potuerit consensu suo, ut qui creditor non fuerit. Diversa caussa eius, qui pecuniam stipulatione comprehensam *Adiecto* solvit. Hic quamvis alibi, quam loco constituto id faciat; tamen semper verum est eum solvere id ipsum, quod debuit. Debuit enim, quod promisit. Promisit autem hanc ipsam pecuniam, quam nunc solvit. Proinde huius præstatione solvit, quod debuit. Quod si solutione eius, quod deberur, tollitur omnis obligatio iuxta regulam iuris: *Inst. quib. mo. toll. obl. in pr.* necesse est eum, qui superius faciat, etiam hac præstatione liberari, solventem ei, cui ex stipulatione recte potuit. Potuit autem adiecto etiam invito stipulatore, *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Nihil nocet, quod alibi solvitur. Etsi enim fit hoc contra stipulationem, nec *Adiectus* in eo stipulatori nocere potest: tamen ne noceat, hactenus recipiendum est, quatenus fit adversus stipulationem: proinde hactenus, ne loci utilitatem adimat stipulatori, sed hæc salva illi maneat. Cæterum interim maneat integra sortis solutio, quæ dum adiecto secundum stipulationem solvitur, recte atque ordine peracta est. Duæ sunt enim hic quodammodo obligationes seu præstationes: una sortis, alia utilitatis loci.

Qua-

Quarum rerum una si recte soluta est, non debet solutio utilis propter alteram inutilem, aut omissam vitiari. Arg. in *L. 1. §. pen. infr. de verb. obl.*

Restat tertium, quod praecipuam dubitationem habet, extremum illud videlicet, quod dicit, in proposito solum quod interest petendum; dum intelligi vult non superesse sortis Adiecto alibi solutae petitionem, adversus Marcelli sententiam, qui totius summae petitionem superesse dixerat. Unde recte colligitur, si cuius rei petitio supersit, solum superesse eius quod interest. Hic ergo duo dicere intelligitur: primum sortis petitionem hic non superesse; tum quamvis sortis petitio non sit, nihilominus peti posse id quod interest. Sic enim fit, ut dum hoc peti poterit, solum sit petendum. Quorum utrumque videamus, ne falsum sit. Prius quidem supra negare videtur Iulianus, cum ait in hac specie liberationem non contigisse. Quid enim hoc aliud est, quam veterem actionem manere? nam hanc manere necesse est, si liberatione non est sublata. Iulianum quidem hoc scripsisse Ulpianus refert; sed ita, ut probet: qui non solum Iuliani sententiam non repudiat; sed etiam id sibi propositum habet, ut defendat. Insuper & eam sententiam veram esse satis supra ostendimus. Sed nihil Ulpianus postea adversus hanc sen-
5 tentiam. † Apparet enim Iulianum hoc sentire, cum Titio *adiecto* alibi solvitur, liberationem non contigisse per omnia. Non enim contigisse in eo, quod contra stipulationem factum est. Unde colligit, ideo posse peti id quod interest pecuniam suo loco solvi: quia scilicet alio loco contra stipulationem solutum est. Id autem ipsum est, quod Ulpianus postea conatur probare. Sed alterum saltem relinquitur, ut quamvis non supersit sortis petitio, tamen & Iulianus & Ulpianus velint peti adhuc posse id *quod interest*. Repugnat, ut videtur, cum aliorum locorum auctoritas, tum certa & evidens ratio. Repugnantes sententiae esse videntur, Africani in *L. centum, in fin.* & Pauli *L. ult. in fin. infr. eod.* quibus locis constanter traditur, si pecunia sortis soluta sit, etiam poenae, & utilitatis loci petitionem tolli. Recte Bartolus, dicta haec esse, cum creditori ipsi solutum est; aliter atque si *Adiecto* alibi, quam loco constituto, de qua specie hic agitur. Quod ne dubitemus vere dici, Pauli definitio in *d. L. ult.* nominatim concepta est de creditore, qui pecuniam accepit. Africanus autem in *d. L. centum*, etsi eius quod interest petitionem tolli dicit generaliter hac conditione: si pecunia soluta sit; nec addit, creditori: tamen ex specie ibi proposita hoc idem intelligi necesse est. Haec enim stipulatio erat, *centum Capuae mihi dari*, non autem mihi aut Titio. Nec idem sentire eos, si pecunia *Adiecto* alibi soluta sit, non magis quam Iuliano aut Marcello visum esse hic refertur, ratio Pauli satis probat reddita in *d. L. ult.* Ait enim, si creditor pecuniam acceperit, nec poenae petitionem superesse: & rationem adiicit: quia creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse poenam videtur. Perspicuum est, non idem obiici posse ei creditori, quo invito pecunia *Adiecto* alibi soluta sit. Neque vero *Adiecti* consensus, secus quam per stipulationem licet, possit ei nocere. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Nihil igitur in aliorum Iurisconsultorum sententiis, aut supra scriptis locis contrarii, neque id tam acutum aut intelligentem lectorem, quam attentum desiderat. Difficilior explicatu est ratio, quae sequitur. Cum enim decem Capuae mihi aut Titio promissa sunt, & de sorte & utilitate loci constituti alibi agitur, non hic duae sunt actiones, una sortis, & altera utilitatis, seu eius, quod stipulatoris interest pecuniam suo loco solvi; sed una sortis, circa cuius exsecutionem, eius quod actoris interest, ut accessionis, ratio habetur. *L. centum, infr. eod.* At hoc cum sit, quocunque modo sublata sit sortis petitio, etiam si invito stipulatore, una quoque & accessionis petitio evanescit. *L. 4 C. dep.* idque ita fieri necesse est, cum principali causa non consistente non sit accessioni locus. *L. cum principalis, infr. de reg. iur.* Quapropter si, pecunia *Adiecto* alibi soluta, id quod interest actoris adhuc peti posse volumus, quod Ulpianus Iuliani sententiam secutus hic fecit: prius etiam sortis petitionem statuamus necesse est: dicamusque id quod Marcellus, superesse integrae summae petitionem, quod Ulpianus reprehendit; aut si placet sortis petitionem non superesse, simul & eius quod interest petitionem esse negemus contra, quam Ulpiano & Iuliano videtur. Volunt autem id quod interest, adhuc peti posse. Ex quo efficitur saltem illud falsum esse, quod Ulpianus exprimit, solum id petendum; sed una & sortis, & eius quod interest petitionem manere, ut utrumque peti oporteat iuxta Marcelli sententiam. Et ad rem expediendam explicatius quid & certius afferri oportet, quam a Bartolo hic allatum est: verius certe afferri, ut puto, nihil potest.

To-

Totum, inquit, hic peti potest, non ut actor totum consequatur; sed ut consequatur interesse: & propter hoc dicitur hic solum interesse petendum, quia propter solum interesse agitur. Simile in *L. Iulianus*, §. 1. *de ver. obl.* & in *L. etiam, de sol.* & in *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* Hæc ille. Res sic habet. Propter id quod stipulatoris interest, manet vetus actio sortis, qua & tunc sors petetur, cum petetur id quod interest. Idque ita in omni re soluta evenit, ut eum aliquod ius, aut aliqua utilitas rei deest, adhuc res ipsa, quæ soluta videbatur, peti possit, atque adeo petenda sit, quo id quod iuri rei deerat, consequamur. *L. etiam, infr. de sol. L. Iulianus.* 131. §. 1. *infr. de verb. obl.* Pecunia Titio *adiecto* alibi soluta, deest adhuc solutioni loci constituti utilitas. Proinde ut ad hanc perveniatur, etiam pecuniam ipsam peti oportebit: & ut Africanus loquitur, in *d. L. centum, infr.* veterem obligationem esse oportet, ut circa eius exsecutionem utilitatis æstimatio arbitrio iudicis committatur. Et hactenus sortis quoque, eoque & totius summæ, ut Marcellus loquitur, petitionem superesse verum est. Sed non eo minus verum, quod hic dicitur, ipsum illud quod interest, quod hic deest, solum peti, non etiam sortem: quia, inquit ille, petitur quidem sors; at non propter se, utpote quam non consequamur; sed propter id quod interest, quod & solum consequimur. Optima ratio, ut efficiatur vi ipsa sortem non peti, sed solum id quod interest. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L. pen.* §. 1. *supr. ne quis eum qui in ius voc. est, vi ex. L.* 1. illic. *Hæc autem verba*, supr. *quod quisq. iur.* Quare & id peti intelligendum, quod cum effectu exigendi petitur. Sors autem in proposito aut omnino amplius non petitur, si stipulatoris nihil intersit; aut si petitur, quia eius propter locum interest, attamen non petitur cum effectu, quia illam non consequitur. E converso petitur cum effectu id quod interest, quia & consequitur. Effectu igitur solum quod interest, petitur; sors ipsa nequaquam. Quamobrem manente vetere actione sortis propter id quod interest, ut manere supra disserebamus, & verum est: nihilominus recte scripserunt Iulianus & Ulpianus solum peti quod interest, dum ab effectu petitionem æstimari volunt. Nam hoc sensisse Ulpianum, solum quod interest petendum, non quia sors petenda non sit; sed quia ita petatur, ut per hanc petitionem obtineatur id quod interest, declarat *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* quæ & ipsa Ulpiani est: ubi & ille de eo quod interest rei deterioris redditæ obtinendo, ad eam sententiam loquitur. At quid prohibet, dicet aliquis, quominus Marcelli dictum eodem modo interpretemur? Ait, *si non contigit liberatio, superesse petitionem integræ summæ*. Quid vetat, inquam, quominus hoc sic interpretemur: ut tota summa, idest, & sortis & eius quod interest, peti possit, sic tamen: ut id quod interest solum exigatur, non sors? Et sane in verbis nihil est, quod prohibeat. Sed Marcellum in superiore definitione de effectu petitionis sentire, intelligi potest ex eo exemplo, quo argumenti loco utitur: in quo insula promissa alibi ædificata, vult promissorem in totum non liberari, indicans illum adhuc efficaciter teneri, & de insula ipsa, & de utilitate loci. Merito ergo in solutione summæ, quæ alibi Titio *adiecto* soluta est, hæc sententia Ulpiano displicuit: non quod vellet, ut dixi, sortis petitionem omnino non esse; sed quia vellet non esse cum effectu ad sortem ipsam exigendam.

Ad L.

Ad §. Nunc de officio.

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur, Iulianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiectitiam pecuniam dederat, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam, quod interfuit veniet: & quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an & lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto & lucri habendam rationem.

S U M M A R I A.

1. *Summa huius* §. *&* L. 4. *seq.*
2. *Servire quantitati contractus, quid sit.*
3. *Utilitas etiam actoris in actione arbitraria propter locum æstimatur: idque effectum interpretatione Iurisconsultorum, non verbis edicti*
4. *Utilitas actoris quando in æstimationem veniat.*
5. *In utilitate actoris æstimanda damni & lucri ratio habetur*
6. *Quæ damna æstimanda in ratione eius quod interest, & in eo* L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. act. em. *conciliata cum hoc loco.*
7. *Utilitas actoris potest æstimari ultra legitimum modum usurarum; & legitimus modus usurarum quis.*
8. *In utilitate æstimanda etiam lucri ratio habetur, cuius lucri, & quando: & hic de* §. cum per, L. si sterilis, de act. em.
9. *Lucrum quod ex mercibus fieri potuit, non nisi negotiatori solito eas merces comparare æstimandum.*

1 QUod † initio huius capitis brevius dixerat, hoc loco repetitum explicat pluribus, in eo tractans de officio iudicis, quale in utilitate loci æstimanda esse debeat tum in reo, tum in actore; idque sive alio loco res petatur, sive petatur suo & constituto: quale item non tantum in condemnando reo, sed etiam in absolvendo. Hæc enim summa est §. huius totius, tum *L.* 4. *seq.* quæ eiusdem Ulpiani est, ex eodem *Lib.* 27. *ad edictum*, & cuius eundem contextum fuisse apparet. Scripserat initio capitis, actionem arbitrariam utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei. Id explicaturus hoc loco diligentius, initio in quæstionem revocat, de qua deinde re-
2 spondeat. † Sic autem proponit, utrum iudex in hac actione arbitraria *quantitati contractus debeat servire*, ut scilicet neque pluris neque minoris reum condemnet, quam quantum in contractum de quo agitur, deductum est; an vero *vel excedere vel minuere quantitatem debeat.* In quo nihil aliud quærere intelligitur, quam id ipsum, quod initio definierat, utrum actio arbitraria utriusque utilitatem contineat, tam actoris, quam rei. Excedit enim iudex quantitatem contractus, si id quod actoris interest, seu eius utilitatem æstimat; minuit quantitatem, si æstimat, quod rei interest, ut ille diximus. Et hactenus quæstio. De qua Ulpianus respondet in illis verbis, UT SI INTERFUISSET REI, ubi legendum est, ET SI INTERFUISSET, ut intelligamus sic eum iam inde de quæstione proposita respondere; ut respondeat illic primum, & affirmet de reo. Nam ut de actore tantum paulo post respondeat, hic autem quærat tantum de reo, nihil etiam affirmet, absurdum est: cum de utroque pariter quæsierit. Sed & de reo hic eum respondisse, oratio sequens indicat. Ait enim: *Iulianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem.* Illa verba, *etiam actoris*, hoc exprimunt, non solum rei, sed etiam actoris. De reo igitur prius responderat & affirmaverat. Alioqui male eum in eandem affirmationem cum actore includeret. Eodem modo legisse Accursium glossa eius probat

ad

ad verbum, *ratio*. Hanc enim orationem pro affirmatione accepit, ut eui statim alios locos opponat. Non opponuntur hi quærenti, sed tantum quid affirmanti. Sit ergo vera huius loci lectio, ut & germana sententia est: *Et si interfuisset rei, ratio eius haberetur*. Atque hoc citra controversiam, utpote constitutum edicto, quo actio arbitraria alio loco agenti proposita est nominatim rei caussa, quo illi utilitas loci constituti salva esset, ut de-
3 claratur in § *loco*, *Inst. de act.* † Actoris in edicto nulla mentio. Unde dubitatio vetus, an huius quoque rationem haberi oporteret. *Iulianus Labeonis sententiam secutus, etiam actoris habuit rationem:* idest, non rei tantum, de quo constabat; sed etiam actoris, de quo ex edicto dubitabatur. Quod & Ulpianus, dum id ipsum ad quæstionem respondet, nec improbat, sequitur: ut vere initio definierit, actionem arbitrariam utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei. Dicit Iulianum etiam actoris rationem habuisse, secutum opinionem Labeonis. Quod declarat, rem primo controversam fuisse: positam non in iure certo & constituto, sed in prudentium auctoritate. Alioqui nihil necesse fuisset, aliorum auctoritate hanc sententiam tueri, ubi ius certum pro omni auctoritate sufficeret. Imo vero quod Labeonis opinionem dicit, non sententiam: indicat, ita superius visum esse Labeoni, ut de eo timide & cum aliqua dubitatione, ut in re controversa affirmaret. Hoc enim differre opinionem a sententia docet Theophilus, & recte, in §. *responsa*, *Inst. de iur. nat.* quod sententia sit, absoluta responsio: opinio, suspensa & timida. Quæ dubitatio, ut dixi, ex edicto, quo hæc actio proposita est, nascebatur: cuius verbis cavebatur reo; actori non item. Atque hinc intelligi potest, quid sit, cur definitionem initio huius capitis traditam hic repetat denuo. Roget enim quis, cui bono fuerit, eandem sententiam præsertim bene positam, nunc revocare in quæstionem, ac de ea ita respondere, ut idem inculces odiosius. Sed ex iis quæ dixi de actore, & ex verbis quibus in hac re utitur, apparet factum esse potissimum actoris caussa: ut quod initio de eius utilitate æstimanda strictim dictum erat, ac velut per indicem, id nunc exprimeret, confirmaretque apertius, quorum auctoritate eam rem confirmari oportebat.

Hoc posito, in hanc actionem etiam utilitatem seu quod interest actoris venire: docet quod erat consequens, quando id in æstimationem veniat, & quid sit, quod in ea æstimatione numerari oporteat. † Ac de priore significat, tunc so- 4
lum æstimari quod interest actoris, pecuniam suo loco solvi, cum per debitorem factum erit, quominus eo loco solveret. Quod quam verum sit, quidque in eo differat actor a reo, cum utilitas loci constituti ab his quæritur, exposui initio capitis, ut in loco, pluribus: illic petes potest. † In altero occupatur diligentius, 5
quid computandum sit in eo, quod actoris interest, pecuniam suo loco solvi. Summa est, ut in eo æstimando & damni quod actor passus est ob pecuniam suo loco mora debitoris non solutam, & lucri quod pecunia illic accepta facere potuisset, neque fecit, ratio habeatur. Nempe iuxta definitionem eius quod interest, quod Paulus in *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* ita definit, *quantum mihi abest*, *quantumque lucrari potui*. Sed & quod de lucro dicit, & quæ in horum utroque numerat hoc loco Ulpianus, pleraque iustam dubitationem habere videntur. Quæ ideo hic attingemus brevius, quia de toto genere scripsimus accuratius in *Libro, de eo quod interest*.
† In damno, æstimandum ait id omne, 6
quod creditor amisit ob eam caussam, quod Ephesi pecuniam non recepit. Numerat autem hæc: quod pignora eius ibi distracta sunt ab iis, quibus ipse sub iis pignoribus debebat (finge vilissimo distracta esse) aut quod pœna commissa, quam creditoribus suis promiserat, si quid his illic eodem tempore quo pecuniam illic accipere debebat, non præstitisset. Paulus contra, ut videtur, in *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* Negat enim, tritico vendito non tradito, æstimandum esse hoc damnum, quod emptoris familia ob eam rem, quod triticum non sit traditum, fame laboraverit. Et quid interest, utrum ob rem debitam non traditam familia mea perierit, an perierint pignora, aut facultates pœnæ damnum senseriot? In re nihil: qua de caussa distingui hæc non oportet. Quid ergo est? tenendum est illud, quod pluribus docui in eo commentario, quem ante dixi, omnia ista damna, quæ & hic, & in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, commemorantur: esse eiusmodi, quæ in ratione eius quod interest pariter non fiunt æstimanda, cum sine conventione solum exiguntur nomine eius quod interest, in iis caussis, in quibus in id quod interest agitur, ut in emptione, re vendita non tradita. Itaque quod de tritico dici-

dicitur in *d.* §. *cum per venditorem*, etiam ad alias res pertinere: & quod illic dicitur in emptione, probandum esse etiam in aliis contractibus omnibus, in quæstione eius quod interest: propterea quod in hoc æstimando non possint hæc omitti, si ex his constat id, quod vere interest; si non constat, non possint æstimari: præsertim post constitutionem Iustiniani, qui in hoc genere æstimari vult, ut omne quod re vera inducitur damnum, ita solum. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo, quod int.* Sed hoc ita, inquam, si hæc exigantur hoc solum nomine, quia petimus id quod interest, & hæc in eo numero esse volumus. Diversum est, si convenerit, ut illa damna præstarentur. Quod si actum sit: nemo negaverit conventionem esse servandam. *L. 1. L. 7. § ait prætor, supr. de pact.* At id actum esse intelligitur, cum solutio rei debitæ in certum locum collata est. Ideo enim collata est, ut eius loci utilitas etiam creditori præstaretur: quamobrem & ea illi præstanda est. Idque est, quod hoc loco confirmatur. Idem actum esse apparet, cum solutio collata est in extraneam personam, hoc modo: mihi aut Titio dare spondes? Ideo & hic placet æstimari, quanti intersit stipulatoris extraneæ illi personæ solvi, *L. liber. 118. §. ult. infr. de ver. obl.* Idem placuit & de temporis utilitate, si forte solutio in certum tempus collata sit: *L. 4. in pr. infr.* ut appareat tria hæc una ratione contineri, haberique in omnibus rationem utilitatis eius, quæ in loco, persona, & tempore adiecto a stipulatore spectata est: tantum propter conventionem, seu quia ea adiectione aperte id actum est.

7 † Addit Ulpianus, id damnum, & quod actoris in suprascriptis rebus interest, æstimandum esse etiam ultra legitimum modum usurarum. Modus usurarum duplex est: percipiendarum, & iam perceptarum. Percipiendarum modus pro conditione personarum maxime constituitur. Summus autem, idemque legitimus hic est, ne usura centesimam excedat. *L. eos, §. 1. C. de usur.* Perceptis modus hic constitutus est, ne excedant duplum sortis. *L. pen. C. de usur.* Priorem modum si accipimus: verissimum est, id quod interest posse excedere legitimum usurarum modum. Nam cum in centum aureos usura centesima sit unus aureus in singulos menses, duodecim in annos singulos: non modo id quod interest, non includitur intra eam summam; sed etiam excurrere potest usque ad quinquaginta, atque adeo ad centum usque: quod multis partibus superat centesimam. Tantum enim vetatur id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int.* Alterum modum si intelligimus: falsum est hunc excedi posse in eo quod interest. Iam enim dixi, id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere vetari. An non igitur saltem hac parte definitio Ulpiani falsa est, qui generaliter definit in æstimationem venire id quod interest, & quidem ultra legitimum modum usurarum? Imo recte Ulpianus, quia de debitis usuris loquitur, aut de iis, quæ si promissæ essent, iure deberentur. Quæritur enim, an quemadmodum eæ non nisi ad legitimum modum usuris debitis constitutum peti possunt: sic nec possit ultra eum modum peti, id quod actoris interest, quod peti posse volumus. Et ait Ulpianus posse. Cui nihil adversatur, quod dicimus ipsum hoc quod interest, duplum sortis excedere non posse, tametsi & hic modus lege usuris constitutus est: quoniam perceptis constitutus est, & non amplius debitis: de quibus Ulpianus non sentit.

† De lucro primum definit, etiam huius habendam rationem, ac non solius damni. Sententia generalis est, recepta apud omnes, & denique Iustiniani constitutione confirmata, in eo quod interest, non tantum damnum æstimandum esse, quod creditor passus sit, sed etiam lucrum, quod is facere potuerit, neque fecit: ut *hic, & L. si fundus, in fin. infr. loc. L. si commissa, infr. rem rat. hab. L. unica, C. de sent. pro eo quod int.* Negari tamen videtur in *L. Proculus, infr. de dam. inf.* ubi respondetur, ex damni infecti stipulatione, ex qua agitur in id quod stipulatoris interest, non esse ei æstimandum id lucrum, quod ex re promissoris facere prius solebat, si promissor opere facto id illi auferat. Negari videtur & in *L. si is cui, 71. §. ult. infr. de furt.* ubi ita scriptum est: *furti agere potest is, cuius interest rem non surripi, interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est: non eius, qui lucrum facturus esset.* Dixi in commentario, quem commemoravi, utroque in loco notari iniustum lucrum, quod reiiciatur: ac cur sit iniustum, ostendi. Quod traditur, lucri habendam rationem, de iusto dictum esse: quoniam iniusti lucri nulla sit æstimatio. Nam & de metu edicto generaliter cautum est, quod metus caussa gestum est, ratum non haberi. *L. 1. supr. quod met. caus.* Et tamen non eo minus sic acceptum 8

ptum est edictum, ut placeat vani & iniusti metus nullam aestimationem esse. *L. 6. L. 7. in fin. supr. quod met. caus.* Magis adversari quis existimet: *L. 2. §. si navis, vers. portio, infr. de leg. Rho.* ubi Paulus merces levandae navis causa in mare iactas aestimari ait, quanti emptae sint, non quanti vendi potuerint, si pluris potuerunt: & addit rationem, *quoniam detrimenti, non lucri fiat praestatio.* Sed nihil hoc adversus superiorem sententiam. Dictum enim est circa legem Rhodiam: qua lege non constituitur actio de eo quod interest petitoris, qui ob merces suas iactas agit; sed de eo damno quod ille passus est, nempe de iactu. *L. 1. infr. de leg. Rho.* Nos de ea actione agimus, in quam venit id quod interest actoris, quaerimusque, quid sit habendum in eo quod interest. Ubi recte dicitur, damni pariter & lucri in eo rationem esse habendam. Sed Ulpianus in hoc lucro stipulatoris computat, si merces Ephesi, loco constituto solebat comparare, & ex his lucrum facere: ideo autem non emit, quia pecuniam, quae illic solvi debebat, non accepit. Hic videamus, ne repugnent, *L. si sterilis, § cum per venditorem, infr. de act. empt. & L. ult. infr. de per. & com. & vend.* Quibus in locis aperte negatur, aestimandum esse in actionibus empti & venditi, si emptor ex mercibus emptis negotiari, aut venditor ex pretio merces emere, & inde lucrum facere potuerint. Sed iam dixi & in his exemplis id recte dici, cum de aestimatione eius quod interest, solum agitur: & futurum fuisse, ut idem etiam hic responderetur, si nihil amplius quam hoc quaereretur, quid in eo quod interest, esset numerandum. Quod & verum est. Sic enim superioribus locis admonemur, nunquam in computatione eius quod interest, habendam rationem lucri, quod circa rem non consistit: non quia lucrum non sit; sed quia extra rem sit haec utilitas, ac nec damnum eiusmodi in ea quaestione aestimaretur: ut multis ostendi in eo commentario; quem iam dixi saepius. Quod autem hic dicitur, simul & damni & lucri aestimationem faciendam esse, eo dicitur, quia collata in certum locum solutione, eius loci utilitas, quam inde sperarent actor, & reus, utrinque ab illis spectata est, itaque actum, ut praestaretur. Et in summa cum lucri rationem habendam esse dicimus, ibi dicimus, ubi & damni pariter contingentis ratio haberetur, ut hic. At ubi damni istius non habetur, non debet mirum videri: neque in eo quidquam dicitur superioribus repugnans, si ibi nec similis lucri rationem haberi dicimus, ut in specie *d. §. cum per venditorem.* Pariter enim damni & lucri rationem habendam esse volumus.

Sed & illud animadvertendum est, quod Ulpianus † lucrum hoc quod ex 9
mercibus debita pecunia emptis fieri potuit, ita stipulatori aestimari vult, si merces solebat comparare, idest, si fuerit negotiator. Quod & ipsum non liquet, Ius enim certum est, quod modo dixi, in eo quod interest aestimando non aliter lucri, quam damni rationem haberi. *L. unic. in fin. C. de sent. quae pro eo quod int.* quod & ipse Ulpianus hic significat. Constat autem omne damnum petitoris aestimari, sive negotiator sit, sive non sit: tantum enim hoc quaeri iubetur, an damnum re vera inductum sit. *d. L. unic. §. 1. C. de sent. quae pro eo.* Quo efficitur & lucrum, quod actor vere facere potuerit, eodem modo aestimari debere, sive is negotiator fuerit, sive non fuerit. Et hoc non solum recte colligitur, sed & plane ita se habet, si modo constet lucrum ita futurum fuisse, ut actor intendit. Prius enim de eo constare debet: cum etsi damnum se passum diceret, non minus id probare deberet, eoque non probato adversarius obtineret. *L. qui accusare, C. de ed.* Ita in quaestione iuris, ubi de facto constat, ius in damno & lucro idem est. Quemcumque lucrum facturum fuisse, aut damnum fecisse constabit, huic & lucri & damni aestimatio pariter praestabitur. At cum de facto ambigetur, quaereturque de harum rerum probatione: hic aliud damni, aliud lucri natura ad probationem desiderat. Qui damnum petit, petit damnum iam factum. Damnum facere quivis potest; & cum factum est, a quovis probari potest; quae enim iam facta sunt, certa sunt, & sub sensum cadunt. Aliter, cum de lucro agitur: non agitur de lucro iam facto; sed de futuro, & quod creditor facere potuerit. Hoc lucrum se facere potuisse mercibus comparandis nemo probare potest, nisi negotiator, qui eas emere consueverit. Nam ut facturus fuerit, duo concurrere oportet: ut potuerit merces comparare, & ut voluerit. Potuisse eum, probabitur ex opportunitate loci, ubi merces venduntur. Voluisse autem, non potest probari, nisi ex personae conditione, si is sit creditor, qui merces is soleret comparare. Ita si hoc deest, lucrum quod intendit, non consequetur, etiam si maxime re vera facere cogitarit, quamvis negotia-

gotiator non esset. Non utique, quia lucrum hoc ei, qui negotiator non sit, iure praestandum non sit; sed quia hic respondeamus, quod in re simili Paulus: si id non apparet, non ius deficit, sed probatio. *L. duo, infr. de test. tut.*

Ad L. Ideo. 4.

Caius lib. 9. ad Edictum provinciale.

Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio: quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse: tamen aliis locis facilius, & levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, & gravibus usuris.

Quo referatur ratio huius loci, exponitur dilucide in *§. loco, Institut. de action.* & diximus ad *L. 2. in prin. supr.*

Ad L. Quod si Ephesi. 5.

Ulpianus lib. 25. ad Edictum.

Quod si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

S U M M A R I A.

1. *Loco constituto si agitur, arbitraria cessat, & sola summa promissa petitur.*
2. *Constituto loco cum agitur, constituti ad ibi solvendum temporis utilitas aestimanda, non eius temporis, quo mora ibi facta est.*
3. *In utilitate temporis quae numerandu.*
4. *Arbitrariae actionis* de eo quod certo loco, *propria multa, nihil horum esse cum agitur eodem loco, quod inducat arbitrariam actionem ad petendam utilitatem constituti temporis.*
5. *Loci constituti, & constituti temporis ad solvendum caussa longe diversa.*
6. *Tempus quod tacite inest propter locum, longo distat ab eo quod solutioni dictum est.*

Apparte cohaerer hoc caput cum *§. ult. L. 2. supr.* nec aliunde nascitur adversativa huius loci, quam ex eo quod illic scriptum erat: ut iam non quia idem auctor sit Ulpianus, Liber idem 27. *ad edictum*, hunc locum cohaerentem dicamus; sed quia idem est contextus, eadem connexio non tantum sententiae, sed
1 etiam verborum. † Dixerat Ulpianus in *§. ult. L. 2.* cum quid Ephesi dari promissum est, si arbitraria actione agitur, iudicis officium in ea esse, ut etiam actoris habeat rationem, idest, aestimet, quod eius interfuit Ephesi dari, atque ita contractus quantitatem excedat, dum maioris summae, quam promissae reum condemnat. Sed hoc, inquam, cum arbitraria actione agitur, ut posuit initio *§.* idest, dum alio loco agitur, quam Ephesi. Ibi enim arbitraria actio locum habet. *§. loco, Inst. de act.* Nunc subiicit particula adversante, diversum esse, si loco constituto agatur. *Quod si*, inquit, idest, *At si Ephesi petatur*, loco nimirum constituto: ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: proinde nec quod interfuit actoris Ephesi solvi, ut tunc fit, cum agitur alio loco arbitraria actione. Supervacuum hoc monere, dixerit quispiam. Quis enim dubitet, eam utilitatem loci non esse illi praestandam, quam habet? At habet, cum ipse eo loco agit, & eodem illo loco ipsi solvitur. Quinimo cum ei illic solvitur, satis haec utilitas illi praestatur. Sed monetur hoc non inepte. Potuit enim interesse actoris eo loco citius solvi, quam eum nunc agitur, ut tamen hanc utilitatem propter moram debitoris non sit consecutus. Unde dubitatio, an cum agetur suo loco, saltem utilitas loci praestanda sit ea,

ea, quam creditor mora debitoris amisit. Finge loco constituto interpellatum recte debitorem non solvere: quia autem creditor pecuniam speratam non accepit, non potuisse ibi solvere creditoribus suis: ideo pignora ejus vili distracta esse: pœnam, quam promiserat, commissam: merces ab eo non comparatas, quas comparare solitus erat: quæ sunt illa, quæ alio loco agenti æstimanda esse supra dixerat in *d. §. ult. L.* 2. An non iuste dubitabitur, num in hac saltem mora debitoris, hæc adversus frustratorem æstimanda sint, ut mora sua debitori noceat iuxta regulam iuris? *d. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Negat tamen quidquam horum æstimandum esse, ut præstetur, cum loco constituto agitur. Id enim futurum est, si summa promissa sola petitur, nec quidquam amplius. Unde intelligitur, quam operæpretium fuerit de eo certius constitui: nimirum adversus iustam dubitationem. Recte hoc Ulpianus, & ex principiis iuris notis. Sic enim faciendi obligationes sunt, ut si factum non sit, quód debuit, in obligationem veniat, id quod interest. *L. si pœnam, L. quoties quis, L. stipulationes non, vers. Celsus, infr. de ver. obl.* In dandi autem stipulationibus nihil amplius in obligationem venit, quam res stipulatione comprehensa; non venit quod interest; unde & certæ dicuntur. *L. ubi autem, §. ult. de ver. obl.* Quod non ita esset, si id quod interest, veniret. *d. L. si pœnam, de ver. obl.* Nec mora debitoris augei hanc obligationem, ut Africanus scribit in *L. centum, infr. eod.* Inde enim placuit in actione stricti iudicii ex mora aut etiam post litem contestatam usuras non deberi: *L. 1. C. de cond. ind.* & quod plus est, ne fructus quidem ex mora accedere. *L. videamus. 38. §. si actionem, infr. de usur.* Sed hic duæ sunt exceptiones, quæ subiiciuntur: Una, nisi quid petitor sit stipulatus, veluti usuras pecuniæ creditæ: nam usuræ ex stipulatione debebuntur. *L. 1. L. 3. C. de usur.* nec iudicio de sorte cœpto earum petitio tolletur. *L. 1. C. de ind.*

2 † Altera, nisi utilitas temporis intervenerit. Cuius temporis? non moræ, ut perperam Accursius & Bartolus interpretantur. Alioqui mora debitoris augebit obligationem pecuniæ etiam stipulatione promissæ: de ea enim hic agitur. In qua tamen id falsum esse modo ostendimus, & iidem illi falsum esse agnoscunt. Nam quod huius obiectionis vitandæ caussa exceptionem ad rem certam, quæ vilior facta sit, aut ad actionem ex testamento referunt, satis in eo præcedentibus Ulpiani verbis refelluntur. Refertur enim totum hoc initium ad illam stipulationem, de qua egerat in *d. L. 2. §. ult. supr.* ea autem est, qua actor certam summam Ephesi solvi stipulatus erat. Unde & quantitas contractus illic nominatur, & Ephesus locus solvendi dicitur, & actor stipulator. Certum quidem tempus hic intelligi oportet. Nam dicere omnis temporis præcedentis utilitatem venire, cum suo loco agitur, aperte falsum est: cum illius quidem temporis non præstetur citra controversiam, cum mora facta non est. At tempus moræ intelligi, quasi de eo Ulpianus senserit, quæ ratio loquendi patitur? nam de iure si quæritur, effectum est, hoc tempus accipi non posse. Cuius ergo temporis utilitatem intelligemus? nempe eius, quod ad solvendum stipulatione constitutum est; ut sit sensus: nisi utilitas temporis stipulatione constituti interveniat. Unde ergo sic intelligemus? Ex consuetudine loquentis, quæ præcedentibus verbis declaratur, & quia iuris ratio hanc sententiam postulat: quod ius ille non ignoravit. Loci utilitatem & locum cum prius aliquoties simpliciter nominavit, ubique locum constitutum intelligit. *Ne auferat loci utilitatem reo,* ait in *L. 2. §. 1. supr.* Valet: ne auferat utilitatem non cuiusvis loci quo quid dari potest; sed loci constituti, utpote quam solam reo salvam esse oportet. *§. loco, Inst. de act.* Et in *ead. L. §. Scævola, in fin. facit,* inquit, Scævola, *actoris electionem & in re propter locum:* nempe constitutum. Quid hic de tempore? tempus loco comparat, ac de utriusque utilitate actori præstanda quæritur. Loci præstandam negat, cum Ephesi agitur; temporis, ait. Ut ergo locum prius nominans, constitutum intelligit: sic & eodem loco, cum temporis utilitatem dicit, temporis constituti utilitatem accipere debemus. Sic enim ex consuetudine dicentis, ex præcedentibus & sequentibus mens auctoris colligitur, *L. si servus plurium. 50. §. ult. infr. de legat.* 1. Sed & hæc sententia sola vitio caret, & sola cum rationibus iuris congruit: quæ res facit, ut etsi mens scriptoris hic esset obscura, eam tamen significationem ut in iure auctori cognito sumere deberemus. *L. in ambigua, supr. de legib.* Significat enim, si quis stipulatus sit, Ephesi decem dari calendis illis, aut nundinis proximis, & intersit creditoris sibi pecuniam illo tempore Ephesi sol-

solvi: nisi soluta erit, idipsum quod stipulatoris interest, aestimandum & praestandum petenti, quamvis Ephesi, non alio loco agatur: ut ita non loci utilitas, idest, quaevis utilitas, quae ex eo loco alio tempore percipi potuerit, sed solius eius temporis constituti in aestimationem veniat. Quod & verum est: confirmaturque haec sententia ab eodem Ulpiano diserte in *L. si fundum*, 114 *infr. de ver.*
3 *obl.* & *L.* 5 *in pr infr. commod.* † In quo si quaerimus, quae computanda sint, aestimabuntur ea, quae in utilitate loci aestimanda commemorantur in *L.* 2. *§. ult. supr.* Idque hoc loco sentire Ulpianum apparet. Ait enim, superiora illa, de quibus dixerat, non posse peti, cum Ephesi agitur: & hoc excipit, *nisi utilitas temporis interveniat*. Quo evidenter significatur, utilitate temporis interveniente, illa ipsa in tempore esse aestimanda. Denique quae in loco adiecto contrahentium conventio est, ut eius loci utilitas servetur: eadem est in tempore, quod solutioni adiicitur, ut servetur utilitas eius temporis. Proinde quemadmodum conventio facit, ut superiora illa aestimentur, praestenturque petitori, cum alio loco agitur: sic & in tempore conventio faciet, ut earundem rerum omnium ratio habeatur, ut illic diximus.

Petet igitur actor, quamvis Ephesi agat, non summam solam stipulatione comprehensam, sed & utilitatem illam constituti
4 temporis, si ulla intervenit. † Sed qua actione? directane, & ea qua ipsa summa ex stipulatu petitur, an vero arbitraria, ut fit, cum alio loco agenti utilitas loci petitur? *d. L.* 2. *§ ult. supr.* quod quidam putant, & multis defendunt ad *L. centum*, *infr.* Quae sententia ex ignorantia eorum, quae huius actionis propria sunt, & perversa loci & temporis comparatione nata est. Duo sunt propria arbitrariae actionis eius, quae ex stipulatione & aliis caussis stricti iudicii iure comparata est, de qua hoc titulo agitur: quorum utrumque non patitur, ut ex eo genere possit peti utilitas temporis actione arbitraria. Primum hoc est, quod nunquam arbitraria ex stipulatione & similibus caussis agitur, nisi cum petitur quid praeter stipulationem, & obligationem: in quo petendo iniuria fiat reo, eamque iniuriam tolli placeat, proposita hac actione. Ideo haec actio proposita est de eo quod certo loco dari promissum est. At non alias, quam cum alio loco agitur; *§. loco*, *Inst. de act.* eodem loco si agatur, neqnaquam, ut hic traditur. Cur autem, cum agitur alio loco? quia secundum stipulationem alio agi non potest: *L.* 1. *supr. hic*. Ut si fiat potestas alio loco agendi, ut fieri necesse fuit, non careat ea res aliqua iniuria rei, dum ei utilitas loci aufertur, quam illi salvam esse oportuit. Unde & sic actio alio loco data est, ut esset arbitraria ad superiorem utilitatem reo tuendam. *d. §. loco*, *de act.* Et res ita habet; quidquid petitur ex stipulatione ipsa secundum formam & conventionem stipulationis, id directa actione petitur, etiam si petatur id quod interest. Indicio sunt faciendi obligationes, ex quibus sive quid contra factum sit, quam debuit; sive non sit factum quod debuit, in id quod interest, agitur. *§. ult. Inst de verb obl. L. si poenam*, *L. stipulationes non*, *vers. Celsus*, *infr. de verb obl.* Nemo tamen unquam dixit ex his stipulationibus peti id quod interest arbitraria actione, ac non directa ex stipulatu. Et vero hanc ipsam de stipulationibus incertis prodiisse constat. *Inst. de verb. obl. in pr.* At cum promissum est, certo tempore dari, puta Calendis, si petatur post Calendas, non modo nihil sit in eo contra stipulationem, sed maxime ex stipulatione: atque adeo ex stipulatione non nisi post Calendas peti potest. *§. omnis*, *Inst. de verb. obl.* Non est igitur de eo, quod certo tempore dari promissum est, arbitraria actio, tametsi alio tempore petitur. Idque & ius publicum aperte comprobat. Legimus enim propriam actionem de eo quod quis certo loco dare promisit, propositam esse iure, nempe arbitrariam, idque ius multis locis expositum est, ut *§. loco*, *Inst. de act.* ut hoc titulo, ut *l. unica*, *C. ubi conven. qui cer. lo. dar. promis.* At nusquam quidquam eiusmodi traditum de eo, quod in diem, seu certo tempore dari promissum est, ne per significationem quidem. An non plane vitiose, si & de eo non minus actio arbitraria fuit? Sed res loquitur, ideo nominatim de eo quod certo loco dari debuit, hoc ius proditum: ut intelligamus huius speciei esse proprium; non idem esse in tempore, si quid certa die dari deberet. Proprium ergo hoc actionis arbitrariae in stipulatione & similibus obligationibus, ut non agatur arbitraria, cum ex contractu & conventione agitur: ut sit, cum alio tempore agitur, petiturque utilitas eius temporis Sed proprium eiusmodi, quod si solum esset, & ageretur solum de utilitate actoris, ut nunc de eo tantum quaerimus, non esset magnopere laborandum, utrum utilitas illa pete-

peteretur directa actione, an arbitraria. Nam cum admissa actione arbitraria, posset actor eam utilitatem non minus consequi (in arbitrariam enim actoris quoque utilitatem venire effectum est. *L. 2. §. ult. supr.*) parum referre putandum esset, utra ex his ageret, cum pariter utraque suum consequeretur. Itaque si hoc tantum esset, de titulo & nomine actionis litem non moverem.

Sed est aliud etiam proprium actionis arbitrariæ, quod præcipue facit, ut cum fructu quæratur, an sit hoc casu arbitraria actio: & idem in hac utilitate temporis petenda docet arbitrariam esse non posse. Quamobrem & hoc adiiciendum est. Id autem tale est. Arbitraria, qua alio loco agitur, utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei. *L. 2. in pr. & §. ult. supr.* & actoris quidem tunc, cum per debitorem mora facta est, quominus suo loco solveret; at rei semper, etiamsi ipse in mora prius fuerit, ut docui ad *d. L. 2. in pr.* Quare si tunc, cum intervenit utilitas temporis, & actor Ephesi summam debitam ac temporis utilitatem petit, simul etiam utilitas rei venit: caussam non dico, quin sit & in tempore actio arbitraria. Quod si rei utilitas non venit, fatendum est non esse arbitrariam: cum id desit, quod maxime huius actionis in stipulatione proprium est, & cuius caussa potissimum arbitraria est comparata. *d. §. loco, Inst. de act.* At quominus utilitas hic præstatur reo, eadem conditio actionis arbitrariæ prohibet. Ut enim aliquo agente ex caussa stipulationis, aut similibus arbitraria actio utilitatem rei, quæ extrinsecus contingat, contineat, hæc concurrere oportet: Primum ut illam utilitatem actor reo auferat: tum ut auferat ita agendo: postremo ut auferat agendo contra stipulationem. His enim de caussis alio loco agenti arbitraria actio proposita est, & si una aliqua ex his desit, non sit actio arbitraria ad utilitatem loci constituti reo æstimandam, ut declaratur in *d. §. loco, Inst. de act.* At nihil horum dici potest, cum alio tempore petitur, quod ex stipulatione certo tempore dari debuit. Primum si reus sua die non solvit, aut nulla fuit utilitas eius temporis, quam ideo amiserit, quia tum non solvit: aut si qua fuit, ipse sibi eam ademit, non alius. Cur enim amisit? quia non solvit ipse, quod debuit: qui si solvisset, statim commodum solutionis esset consecutus, liberationem, atque in posterum omni periculo futuri temporis esset liberatus. Quod quia non fecit, factum illi suum non adversario nocere oportet, ex regula iuris. *L. factum, infr. de reg. iur.* tanto magis, quod in hoc facto inest culpa & frustratio debitoris: quæ tunc exstitit, cum reus sua die non solvit. *L. magnam, C. de contrah & commit. stip. L. hominem, infr. mand.* Hanc vero debitori nocere debere, non adversario, multo æquius & certius habetur. *L. in condemnatione, § unicuique, infr. de reg. iur. d. L. hominem, infr. mand.* Nec huic contrarium est, quod mora a debitore facta, quominus suo loco solveret, si creditor alio loco petat, placuit nihilominus in æstimationem venire id quod rei interest, ut diximus *L. 2. in pr. supr.* Alio enim loco qui agit adversus frustatorem: sic agendo, præteriti quidem temporis utilitatem non aufert reo, qui eam mora sua sibi ademit; sed aufert præsentem, quam contra stipulationem alibi agendo auferre non debuit. Semper enim idem locus manet, qui initio fuerat: ac de eius loci utilitate agitur. Nihil eiusmodi in tempore, cum actor alio tempore agit. Hic enim non de præsentis temporis, sed constituti, quod iam præteriit, utilitate quæritur. Nunquam autem actor, quamvis alio tempore agendo dici possit temporis constituti & iam præteriti utilitatem auferre reo, quam ipse reus iam ante mora sua sibi abstulit. Sed etsi ab initio in creditore mora fuit, qui oblatam sua die pecuniam sine iusta caussa accipere recusavit: tamen ne sic quidem ullam utilitatem extra rem contingentem reus amisisse putandus est, aut si quam amittit, facto suo & culpa amittit, non actoris. Quid enim amittit, cum pecunia non accipitur? pecuniamne? at eam ideo magis habere incipit, quia non accipitur. Desiisset enim habere, si accepta esset: nunc quia accepta non est, retinet. Quid igitur? dicet, inquiunt, se nunc, cum pecunia iterum ab eo petitur, non ita levibus usuris sibi facile esse pecuniam comparare. At si pecunia adhuc apud eum est, nihil necesse est pecuniam fœnori quærere aliunde: cum habeat æque atque ab initio, quod possit solvere. Neque in ea solutione ullum damnum eius futurum est, si pecuniam habere desinit: quia debuit, & si solvisset, initio, non minus habere desiisset. Quod si pecuniam ideo habere desiit, quia impendit in alios usus, quid obtendere potest, cur si quid ex ea re damni contigit, non facto & culpa eius contigerit? Cur enim impendebat, quam sciebat se quandocunque reposcenti solvere debere? Dices, nolebat molestiam custodiæ

diæ ferre tandiu, aut periculo pecuniæ obstringi. Æquum hoc est; sed cum hæc vitare potuerit bonis & honestis ac iure cognitis rationibus sine damno creditoris, non debuit iniuriam comminisci, & facto non necessario creditorem lædere. Consequi hoc potuit, si pecuniam iterum offerret creditori, atque hoc non accipiente pecuniam obsignaret, & recte deponeret. Sic enim continuo non tantum omni periculo, sed etiam obligatione ipso iure liberaretur: neque alia liberandi sui, & creditoris lædendi ratio iure prodita est. *L. acceptam, C. de usur. L. obsignatione, C. de sol.* Aliud si secutus est, culpa vel potius dolus eius est, qui alii nocere non debet. *d. L. factum, infr. de reg. iur.* Utcunque est, dici non potest, quod detrimentum hic contigit, culpa creditoris, ac non propter factum & alienationem debitoris non necessariam accidisse; quod satis est ad eum removendum: de quo quæritur. Sane si pecuniam reus servare voluit, & aut ea periit casu, aut eius pretium lege publica postea imminutum est: damnum est eiusmodi, quod æquum est, creditorem præstare, & placet præstare debere. *L. qui decem, infr. de sol.* Sed damnum, quod contigit non extra pecuniam, sed in pecunia ipsa debita: de quo nunc non agimus. Et sane ut hoc damnum reo amoveatur, nihil arbitraria actione opus est; directa sufficit; quia si petetur pecunia, potest reus se tueri doli mali exceptione, ut scriptum est in *d. L. qui decem, de sol.* Neque vero huic exceptioni aliis in indiciis locus est, quam in strictis, & iis quibus summa ipsa principalis petitur. Nam ut ibidem adiicitur, si pecunia ex bonæ fidei iudicio debita post creditoris moram perierit, ipso iure definit debitor teneri, eoque nec exceptio desideratur. Tum autem ad eam rem arbitrarium ullum iudicium esse necessarium nusquam lectum est. Ac non esse in tempore adiecto necessarium, inde intelligi potest, quod eadem exceptione tutus futurus esset reus, etsi pecunia pure promissa esset, in qua accipienda creditor moram fecisset, ac deinde ea contigissent, quæ supra dixi. *d. L. qui decem.*

Apparet igitur aut reo nullam extrinsecus utilitatem amitti, quod non solvit sua die: aut si qua utilitas hæc fuit, hanc ipsum sibi adimere, non ei adimi ab actore, sive debitor ipse moram fecerit, quominus daret, sive non fecerit: qua de caussa hæc illi utilitas præstari non debet. Sed ut aliqua utilitas ei auferatur; non dum tamen satis ad eam exigendam, inducendamque in hoc arbitrariam actionem. Exigitur, ut hanc utilitatem actor auferat agendo: ut fit in loco constituto, cum alio loco petitur. *d. §. loco, Inst. de act.* At cum alio tempore agitur, quam constitutum est: si quam utilitatem prius habuit reus, & eam non amisit, etiam tunc habebit, cum agetur, eoque nec desiderabit. Si prius amisit: apparet non ideo amitti, quia nunc cum ipso agitur: cum tunc non habeat, quod amittat. Exigitur præterea, ut actor hanc utilitatem auferat contra stipulationem, ut evenit, cum alio loco agitur. *L. 1. supr. hic.* Nunc autem, ut dixi, alio tempore quam constituto, recte agitur & secundum stipulationem: imo vero ex stipulatione non aliter agi debet; ut dicendum sit, si qua utilitas ob eam petitionem reo abiit, non debere actori id fraudi esse, qui suo iure utitur. Arg. *L. nullus, infr. de reg. iur.* Hæc abunde probant, cum utilitas temporis intervenit, stipulatorem sic recte hanc petere, ut petat ipsa actione ex stipulatu, non arbitraria: & ut forte arbitrariam quis esse hic diceret, non tamen esse illam arbitrariam, quæ utriusque utilitatem contineat, præcipue rei: cum in hac caussa nulla sit temporis utilitas, quæ reo adimatur, aut adimatur alio tempore agendo, aut adimatur contra stipulationem: quæ tamen omnia arbitraria actio exigat, ad utilitatem rei æstimandam.

Quid est igitur, quod † movet quos- 5
dam, ut arbitrariam actionem hic esse dicant, etiam in tempore, & in eo rei quoque rationem habendam? quia scilicet id fieret, cum non suo loco agitur. Cur non, inquiunt, & cum non suo tempore, ut eadem sit ratio temporis & loci? Hæc vero qui comparat, & quid in proposito inter ea intersit, non videt; is res dissimillimas manifesti iuris & æquitatis ignorantia comparat. Quam enim hæc diversa sunt in omnes partes, sive solvendi, sive petendi facultatem spectes, sive iniuriam petitionis? facultas in utroque solvendi longe dissimilis. Qui certo loco dare promisit, alio loco solvere invito stipulatore non potest. *L. pen. infr.* Qui promisit certo die, is & ante diem solvere potest; *L. quod certa, infr. de sol.* & post diem non solum potest, sed etiam debet, ut quandocunque postea offerat, si actor recuset, moram faciat, nec sit impune. *L. qui decem, infr. de sol.* Nec minus dissimilis facultas petendi, de qua nunc quæritur, sive eodem loco & tempore, quæ constituta sunt, agatur, sive aliis

aliis. Actor loco constituto & natura semper agere potest, & iure, quod illi stipulatio dat: ut nisi ibi agat, nonnulla culpa eius sit, quam in æstimanda loci utilitate æquum sit, reo ab illo præstari. At die constituto, etiam si velit, agere non potest. *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Ut profecto si eo non agat, nihil fit, quod ei queat imputari. Quod si de aliis locis & temporibus agitur, an non eadem est hæc dissimilitudo? Alio loco agere stipulator non potest nisi adversus stipulationem. *L. 1. supr.* ubi dixi: ut merito sic ad illic agendum admitti debeat: ne loci constituti, qui adhuc manet, & quo experiri potest, utilitatem contra stipulationem cum summa iniuria auferat reo. Alio autem tempore, ut dixi, non modo petendi ius est, sed etiam hoc stipulatio continet, atque hoc inter contrahentes agitur, ne agatur, nisi transacto tempore, proinde & alio: quo iure qui utitur, nihil iniuria facit, nihil detrahit alteri, quia utitur suo. Quid effectus & iniuria petitionis, an non & hæc insigniter dissimilis? Alio loco agendo actor, adimit reo utilitatem præsentem loci constituti, quæ non minus reo salva esse debet, quam quæ præteriit: quia quocunque tempore agatur, semper locus idem nunc est, qui ab initio fuerat constitutus: quam ob caussam & arbitrariam actionem potissimum inductam esse legimus in *d. §. loco, Inst. de act.* At qui alio tempore agit, nunquam ita agendo temporis constituti utilitatem potest adimere. Spectatur enim temporis constituti utilitas non sæpius, sed eo ipso tempore tantum, quod constitutum est; id enim tempus unum est, non plura. Quare aut iam tum, cum eo tempore solutum non est, aliqua utilitas ideo adempta est, aut nulla. Si iam tum adempta: non adimitur nunc agendo. Si adempta non est: ne nunc quidem certe adimitur. Præsentis enim temporis utilitas ea petitione adimi dici potest; constituti non potest, quia id iam præteriit: nec fieri potest natura, ut quod tempus utilitatem suam salvam habuit, non etiam habuerit. Facta enim infecta fieri non possunt. Quamobrem nihil minus verum est, quam eandem esse rationem temporis & loci: quæ & natura, & iuris ratio tam manifeste separavit. Nec quidquam minus convenit, quam dicere, ut in loco rei: sic in tempore huius ipsius rei habendam esse rationem, cum alio loco, & alio tempore agitur. At enim, inquiunt, æque spectatur & æstimatur utilitas temporis ac loci in hac *L. 4.* Sed in actore æque spectatur, de hoc enim agitur & in *L. 2. §. ult. supr.* & in hoc *fragmento*, quod illius superioris disputationis appendix est, & diserte de pecunia petita hic dicitur, quæ petitio alii, quam actori non convenit. Non æque vero spectatur in reo, ac nec potest, ut ante planum feci. At non minus læditur reus ex tempore, quam ex loco. Etsi hoc non semper accidit: tamen ut accidat, non ideo utilitas temporis æque præstanda sit reo, ut loci. Utilitatem enim loci semper illi actor aufert, cum alio loco agit: quam ideo illum præstare æquum est. Utilitatem temporis aut nullam amittit reus, qui sua die non solvit, aut si amittit, hanc ipse sibi adimit facto suo; non actor, cum alio tempore, quam constituto agit. Hoc factum reo, non actori nocere debet, ut multis ostendi. Imo, inquiunt, propter locum etiam ratio habebitur temporis. Loco enim tempus inest: igitur & remota ratione loci, superest temporis ratio. † Quam male hic quoque, ut superiora, comparantur tempus, quod tacite loco inest, & id tempus, de quo nunc agitur? Loco inest tempus; at non id, quo pecunia solvi debeat, sed intra quod perveniri possit in locum constitutum. *L. interdum, infr. de ver. obl. §. loca, Inst. eod.* Nos de eo tempore agimus, quod nominatim stipulationi adiectum est, quo eodem ex conventione pecunia solvi debuit. Censemus hæc tempora esse similia? Atqui ad obligationem, de qua quæritur, sunt contraria. Nam tempus solutioni constitutum est id, quo pecunia ex conventione solvi debuit, ac nisi solvatur, mora fiat. *d. L. magnam, C. de contrah. & committ. stipul.* Tempus autem, quo perveniri in locum constitutum potest, est eiusmodi, intra quod placet nihil deberi aut peti posse, eoque nec fieri moram, si per id tempus pecunia soluta non sit. Atque hinc evenit, ut prioris, idest, constituti utilitas æstimetur stipulatori adversus reum, qui tum non solvendo moram fecit, de quo hic agitur; posterioris utilitas nunquam in æstimationem veniat, ut actori præstetur, cum per id tempus nihil debitum fuerit. Itaque si similitudo placet, invertendum potius fuit hoc modo argumentum; utilitatis temporis quod loco tacite inest, ratio non habetur, ergo nec utilitatis temporis constituti habebitur. Sed quam hoc totum vitiose colligitur? Alioqui hoc argumento etiam efficietur, utilitatem temporis constituti non esse præstandam actori; quia nec illius, quod tacite inest utilitas ei præ-

præstanda sit. Summa sit hæc de utilitate loci & temporis reo æstimanda: cum alio loco agitur, arbitrariam actionem esse, qua utilitas loci constituti æstimetur & præstetur reo: quia semper hæc illi auferatur ista petitione contra stipulationem. Cum autem agitur alio tempore, non esse hic actionem arbitrariam, ne stipulatori quidem ad petendam utilitatem temporis, quæ intervenit: certe non eam, qua æstimetur utilitas rei, quæ in eo tempore fuerit: quia hæc illi facto actoris nunquam adimatur; non agendo contra stipulationem.

Ad §. Interdum iudex.

Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit (cum sit arbitraria) absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? In summa æquitatem [quoque] ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

S U M M A R I A.

1. *Actione arbitraria, qua alio loco agitur, reum quem debere constet, interdum absolvendum: id contingere tribus in caussis, singularum æquitas. Prima.*
2. *Secunda.*
3. *Tertia.*
4. *A reo qui absolvitur, ne alio loco solvere cogatur, cautio exigitur; & cautionis ratio, atque effectus.*
5. *Æquitatem plenius spectari in arbitrariis, & bonæ fidei iudiciis, quam in strictis, ut ex stipulatu.*

Cum alio loco agitur arbitraria actione, convenire videbatur actioni, ut semper reus condemnaretur in pecuniam petitam, habita ratione eius, quod utriusque interest: non enim datur actio, nisi eius persequendi & consequendi caussa, quod debetur, ut est definitio actionis. Hinc dubitatio, an iudex, qui de hac actione cognoscit, possit aliquando reum, quem debere constet, absolvere. Hic statuit Ulpianus posse, atque etiam debere, si id æquum videatur. Etsi enim alio loco actio constituta est: tamen constituta est arbitraria. Cuius vis est ea, ut iudicem oporteat in ea rem ex bono & æquo arbitrari. §. *præterea, Inst. de act.* Idque est, quod dicit, æquitatem ante oculos habere debere iudicem, qui huic actioni
1 addictus est. † Docet autem tribus de caussis, æquum fieri, ut reus alio loco conventus, ibi absolvatur. Prima est, *si dicatur pecunia* loco constituto *oblata actori*, quam ille accipere recusarit. Iusta hæc caussa est. Nunquam enim mora creditoris eam commoditatem solutionis reo auferre debet, quam is habiturus esset, si creditor pecuniam accipere voluisset. *L. qui decem, infr. de solut.* Quare si qua commoditas debitoris est, loco constituto pecuniam solvere, quam & ibi pro suo commodo prius obtulit: hanc utilitatem illi adimi non oportet, cum per creditorem steterit, quominus ea nunc frueretur. Nec dicet creditor, se quidem prius moram fecisse; at nunc eum petit, debitorem sine caussa recusantem posterius moram facere: posteriorem autem moram nocere. *L. illud, infr. de per. & com. rei vend.* Recte enim referetur ex adverso, debitorem nunc posterius moram non facere recusando: quia ita recuset, ut paratus sit & loco constituto, ut antea solvere. † Secunda caussa est, *si dicatur*, 2 inquit Ulpianus, *pecunia deposita*. Hoc sic accipiemus: si dicat debitor se in locum constitutum venisse solvendi caussa, & cum illic creditorem non offenderet, se ibi pecuniam reliquisse, & deposuisse apud amicum, qui creditori illic invento quandoque solveret. Hæc bis ad absolvendum reum idonea caussa est. Primum quod & tunc mora in re fit, cum non exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Deinde quod ex fide & diligentia solutionis hæc difficultas præstationis illi nata est, quod pecunia ex fide alibi relicta, desiit habere eam, quam ibi recte solveret, ubi nunc petitur. Vel mora creditoris, vel ipsius debitoris in solutione fides, & novum incommodum hinc natum merentur, ne quid eorum debitori noceat. Arg. *d. L. qui decem, de solut.* Depositam pecuniam hic non intelligemus, quo modo depositio pecuniæ in liberationibus debitorum accipi solet, quasi hic debitor pecuniam obtulerit loco con-

constituto creditori, & cum non acciperetur, eam obsignatam solemniter deposuerit: quod cum sit, statim debitor liberatur. *L. 1. in fin. infr. de usur. L. tutor pro, in fin. infr. de administr. tut. L. acceptam, C. de usur.* Post hanc enim depositionem non deberet dici, reum ex hac actione esse absolvendum, ut Ulpianus loquitur; sed nullam omnino adversus eum actionem esse, qui ipso iure esset liberatus. Multoque minus adversus liberatum conveniret dici, quod idem ait, debitorem sic ibi ubi nunc agitur, absolvi debere, ut nihilominus pecuniam loco constituto solvere debeat, ac de ea ibi solvenda cavere. Solutio non exigitur ab eo, qui nihil debet. Denique hoc constat, adversus eum, qui ita deposuit, ut dixi, nullam creditori superesse actionem. *d. L. acceptam, C. de usur.*

3 † Tertia & postrema caussa est, *si dicatur*, inquit, *pecunia ibi*, ubi promissa est, *ex facili solvenda*, seu solvi posse. Finge debitorem hoc dicere, habere se institorem in loco constituto, qui statim solvere possit vel institori creditoris, qui eodem loco degat, vel aliis mercatoribus, quibus creditor velit: se autem per equos cursorios, quorum copiam habeat, posse primo quoque tempore institorem suum admonere, ut solvat. Hæc quoque honesta defensio est. Nam eodem auctore Ulpiano, non magnum damnum est in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de iud.* † Sed ex his caussis non simpliciter

4 reus absolvendus est, cum alio loco agitur: verum hæc conditio est, quam Ulpianus adiicit, si debitor prius cautionem exponat de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, idest, ubi ex promissione dari debuit. Cautio stipulatio est, qua stipulanti creditori de ea re repromittatur, & caveatur a debitore. *L. sancimus, C. de ver. sig.* Sed cum debitor ad eam rem vetere stipulatione teneatur, quid opus est nova? Quia absolutione iudicii futurum est, ut veteris istius stipulationis actio, quæ in iudicium deducta est, tollatur, exceptione rei iudicatæ debitori parta. Cui exceptioni locus futurus est, ubicunque reus postea de eadem re conveniretur sive hic, ubi nunc agitur, sive loco constituto. *L. 3. 4 §. infr. de exc. rei iud.* Quod cum iniquum sit, debitorem ita in totum liberari, neque nunc ab Ulpiano id agatur: sic placet reum tunc simpliciter absolvi, ut nihilominus pecunia loco constituto solvi debeat, & peti possit. Quod non aliter fit, quam nova cautione interposita, quæ cum in iudicium deducta non sit, nec eo iudicio tolli potest. Quid, si debitor absolutus etiam post hanc cautionem loco constituto non solvet? non modo loco constituto agi poterit; sed etiam in eo, ubi prius agebatur. Nam & posteriore stipulatione promissum est, certo loco dari: quæ adiectio & alio loco agenti arbitrariam actionem inducit. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* Quod si reus alibi conventus ex suprascriptis caussis iterum absolvi velit; non dubito, quin ex duabus prioribus postea incidentibus absolvi debeat; in quibus eadem ratio est absolutionis, quæ prius fuit, & quæ indicant per reum non stetisse, quominus uti promiserat, pecuniam suo loco solveret. In tertia si fidem non servavit, quia ea celeritate usus non est, qua se usurum promiserat, putem idem iterum allegantem non esse audiendum. Dignum enim esse, cui nunc idem affirmanti non credatur, qui in eo prius fefellit: indignum esse beneficio cautionis, qui adversus eam cautionem prius commisit. Arg. in *L. auxilium, in fin. supr. de min.*

IN SUMMA ÆQUITATEM. † Quod ait, 5
iudicem debere habere æquitatem ante oculos, & nominatim eum iudicem, *qui huic actioni addictus est:* non otiose additum est, de actione, ut Accursius sensit: qui, *huic actioni*, sic interpretatur: ut sit, vel huic actioni, vel alii, ut pariter in omnibus æquitatem sequi oporteat; Sed consulto additum, discretionis caussa: quia natura actionis id admittit; quod non item sit in strictis iudiciis. Alioqui sane male distinguerentur iudicia stricta a bonæ fidei iudiciis, & arbitrariis, idque in eo, quod in his posterioribus eorum ratio haberetur, quæ alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteret. Quam tamen distinctionem iuris certi esse constat. *§. actionum autem, §. in bonæ, §. præterea, Inst. de act. L. 3. §. in his, infr. de usur.* Nam quod dicitur, in omnibus rebus potiorem esse debere æquitatis, quam stricti iuris rationem, *L. placuit, C. de iud.* apparet ad eas species pertinere, in quibus strictum ius pugnat cum æquitate; quod sit, cum subtilitate verborum quid præstandum est, quod præstari non est æquum. Id ubi accidit, verissime dicitur, semper potius spectandam esse æquitatem, & hanc iudici sequendam; ut sit sententia, si quid ex verbis præstandum est, nunquam tamen exigi posse, si sit iniquum. Non enim potest exigi, ne in stipulatione quidem, quæ maxime est actio stricti iuris. *L. alias, supr.*

de

de in lit. iur. Unde qoibus de caussis æquum non est præstari, quod verbis stipulationis promissum est, ex his sic iofirmator stipulatio, ut petitio quæ hinc summo iure consistit, doli mali eaceptione summoveatur. *L. si quis cum, infr. de verb. obl. L. dolo, C. de inut. stip.* Nec aliam seotentiam habet, quod dicitur in *L. bonam, C. de obl. & act.* booam fidem in contractibos considerari æquum esse. Nempe hactenus in omnibus ex æquo considerauda, ne ex his de qoibus convenit, quidquam exigatur contra æqnitatem & booam fidem. At noo si quid præter conventionem æquum videator, id omnibus in iudiciis præstandum est, Certe in iudicium ex stipulatu non venit, nisi & de eo nominatim convenerit. *L. quia, supr. de neg. gest. §. ult. Inst. de oblig. ex cons.* Solum hoc in bonæ fidei iudiciis & arbitrariis receptum est. *d. §. in bonæ, & §. præterea, Inst. de act.* Quam ob caussam præcipua quadam ratione & horum iudiciorum propria recte dicitur, in his iudicem semper ante ocolos æquitatem habere debere: quia scilicet prolixius, & in utramque partem habere debet, non solum ut si quid iniquum sit præstari, id non præstetur; sed etiam si qoid æquum sit coocedi, id præstetur. Est autem hæc actio arbitraria.

Ad L. Si Heres 6.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad L. Aut mutua 7.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

Aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.

S U M M A R I A.

1. *Arbitrariam actionem de eo quod certo loco solvi debet, propositam edicto ex stipulatione; sed nihilominus competere recta ex omni alia caussa, tam contractu, quam testamento: & cur.*
2. *Non competit de pecunia constituta, quam quis certo loco se soluturum constituit, nisi utilis, & cur.*
3. *Arbitraria agi in aliis quoque caussis, quid valeat.*

EX stipolatione, qua quid certo loco dari promissum est, si alio loco petatur, & actionem esse, & arbitrariam competere, supra dictum est: nec ad aliam caossam collata est tota disputatio superior de arbitraria actione, qoam ad stipulationem, *L. 1. L. 2. §. 1.* & deinceps tota, *supr. eod.* ut possit quis existimare
1 proprium hnc lus esse stipulationis. † Ne ergo ld oos fallat, hic declaratnr & ex aliis caussis omnibus eandem actionem competere, quibus quid ut certo loco detur, cautum est: modo ut sint similes, id est, & iure civili actionem itidem pariant, & sine adiectione loci sint stricti ioris: puta siquid tale testamento, aut ex mutuo cautum sit: ut si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare: aut mutua pecunia sic data, ut certo loco reddatur: qoæ suot huios loci exempla. Quæri potest, quid fuerlt opus hac cautione. Nam si edictum conceptum est de eo, quod certo loco dari debuit: oon potuit esse dubium, quin ad omnes huins geoeris obligationes pertineret, nec proprium esset stipulationis: ut proinde de eo dlligentius monere supervacuum & ineptum foerit. Et res ita habet. Unde adducor, ut putem, edictum noo ita geoeraliter cooceptum fuisse; sed nominatim de eo, quod quis certo loco se daturum promiserit: ut verbis conferretur ad stipulationem dumtaxat, oon etiam ad cæteras caussas. Multaque concurrunt ad coniecturam. Ipsa qoidem declaratio huius loci noo admodum obscore: quippe quæ in generalibus illis verbis edicti nullam iustam quæstionem habere potuit. Sed & illa noo minos. Primum *L. 1. supr.* in qua Caius generaliter tractans, ao actio alio

alio loco agenti dari debuerit, & quæ detur, & in summa quæstionem ad edictum, quod de ea actione erat, accommodans, eiusque edicti rationem reddens, totam quæstionem ad stipulationem retulit, & in ea actionem utilem alio loco comparatam esse respondit. Tum Tit. *C. ubi conven. qui cer. loc.* qui cum aperte proponat summam eius iuris, quod de hac parte propositum est; sic tamen inscriptio est: *ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit*; non autem, qui certo loco dare debuit. Cur, cum non minus & hoc commode dici potuerit, eoque & debuerit, siquidem iisdem verbis edictum conceptum esset? an non quia illa inscriptio ex edicto erat, cuius verbis in hoc iure proponendo uti conveniebat? In primis vero quod scriptum est in *L. si duo*, §. 1. *infr. de pec. const.* si quis constituerit se certo loco soluturum, ait Ulpianus, id & alio loco *exemplo arbitrariæ actionis peti posse*. Non est arbitraria, idest, non verbis edicti proposita, quæ huius exemplo competit. Illa enim dicitur competere exemplo alterius, quæ est utilis, nec competit ex verbis edicti, quo illa altera proposita est. *L. pen. in pr. infr. de inst. L. Iulianus*, §. *si procurator, infr. de act. empt. L. cum res, C. si al. res. pig. dat. sit.* Verba igitur edicti de hac specie non fuerunt de eo, quod certo loco dari debuit. Alioqui quod & certo loco constitutum esset, verbis contineretur, nec diceretur alibi peti posse exemplo arbitrariæ actionis; sed ipsa illa arbitraria actione, qualis proposita est edicto. Cur ergo cum de stipulatione esset edictum, acceptum est etiam de cæteris caussis similibus, ex quibus quid certo loco debuit dari? quia facile intellectum est, quod dictum est de stipulatione, non similium actionum excludendarum caussa dictum esse; sed partim commoditatis caussa, dum brevitati studetur, partim ut aliæ actiones, quæ stricti iuris sunt, magis includerentur. Ex omnibus enim contractibus qui sunt stricti iudicii, maxime huius generis est stipulatio, in quam nihil amplius venit, quam quod in stipulatum deductum est. *L. quia, supr. de neg. gest.* Benignior est, & latior actio ex testamento. *L. in minorum, C. in quib. cau. in inte. rest. nec. non est. L. in testamentis, infr. de reg. iur.* In mutuo quoque extra apertam conventionem quædam ex natura negotii præstantur. *L.* 3. *supr. si cer. pet.* ut quamvis & hæ actiones sint stricti iuris; *L. alias, supr. de in lit. iur.* tamen ex omnibus minus tribuatur stipulationi. Ex quo facile fuit ita colligere: si de eo quod certo loco stipulanti promissum est, actio est, qua alio loco de ea re agere liceat, eaque arbitraria, ne iniuria fiat promissori: cum tamen in stipulatione, natura iudicii, minime ex omnibus concedi debere videretur: quanto magis in eo quod ex legati, aut mutui caussa certo loco dari debet, quarum caussarum natura plus admittit, idem tribui sententia prætoris intelligendum est? Hinc factum, ut ex cæteris actionibus stricti iuris placeat, non minus esse arbitrariam & quidem ex verbis, quasi quod de stipulatione dicitur, exempli caussa dictum sit, quo & similes species nihilominus significarentur: ut fit in rebus eiusdem generis, quarum de una aliqua quid definitur, & definitio ratione omnium communi continetur. *L.* 1. §. *quod vulgo, infr. unde vi.* Et tamen quia ex verbis nonnulla esse potuit dubitatio, ideo recte sit, si & de eo constituatur: quod hic factum est. † Cur non 2
igitur & in constituto idem placuit, ut & in eo ageretur alio loco arbitraria actione, non exemplo arbitrariæ actionis? Quia veriti sunt veteres, quod de stipulatione dictum erat, longius proferre, quam ad caussas stipulationi similes, idest, & quæ stricti iudicii essent, & ex quibus similiter iure civili esset actio: quale est legatum & mutuum, de quibus hic agitur. Quod non item pertinet ad pecuniam constitutam: de qua constituta est actio iure prætorio, non ut ex stipulatione iure civili. §. *de constituta, Inst. de act.* Sed quod verbis deesse videri poterat, id supplerunt ex sententia, produxeruntque edictum de arbitraria etiam ad constituta. Unde dictum *exemplo arbitrariæ actionis* hic agi. † Ex aliis quoque caussis ar- 3
bitraria actio competere cum hic dicitur, duo dicuntur; nempe de eo quod in his certo loco dari debet, etiam alio loco agi posse: & cum alio loco agetur, in æstimationem venire, quod actoris & rei interfit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Hæc enim potestas est in specie proposita arbitrariæ actionis. *L.* 1. *supr. L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc.*

Ad L.

Ad L. In bonæ. 8.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

In bonæ fidei iudiciis: etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria. [*actio*] *Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.*

S U M M A R I U M.

1. *Arbitraria actio locum non habet in bonæ fidei contractibus, etiam de eo quod certo loco ex his contractibus dari debuit, & cur, quamque vim habeat.*

1 IN emptione & venditione contrahenda si convenerit, ut vel emptor pretium solveret Ephesi, vel venditor mercem Ephesi traderet: si in deposito res deposita sit ea lege, ut redderetur Ephesi: & generaliter si in bonæ fidei contractu in negotio gerendo convenerit, ut quid certo loco præstaretur: hic traditur, de eo agi posse actione bonæ fidei eius contractus propria, non etiam arbitraria. Id non sic debet accipi: quasi de eo, quod ex bonæ fidei contractu certo loco dari debet, non possit agi alio loco, & ita agi, ut æstimetur, quanti actoris & rei intersit suo loco potius solvi. Nam si hæc ex cæteris caussis quamvis stricti iuris fieri possunt, & debent ideo, quia æquum est, ut declaratur in *L.* 1. & *L. quod si*, §. *ult. supr.* multo magis in bonæ fidei iudiciis recipienda sunt, in quibus præcipue, quæ ex æquo & bono fieri oportet, æstimantur. § *in bonæ*, *Inst. de act.* Et vero in proposito recepta esse idem auctor Ulpianus indicat in *L.* 5. *in pr. infr. commod.* Sed hoc significatur, cum ex contractibus alio loco agetur, & æstimari volemus id quod interest, creditorem quidem utrumque consequi posse, sed bonæ fidei actione propria eius contractus, de quo agitur, non autem arbitraria: quia ubi bonæ fidei iudicium sit, frustra arbitraria desideretur ad ea consequenda, quæ fieri & præstari æquum est. Sed si hoc ita est, ad rem ipsam & effectum inter arbitrariam & bonæ fidei actionem in proposito nihil intererit. Quid ergo interest tantum, ut necesse sit in eo laborare, utra detur? Nomen actionis & formula olim interfuit. Constabant enim iudicia quæque suis formulis. *L.* 2. §. *his legibus*, *vers. deinde ex his*, *supr. de ori. iur.* sicque in hac re superiora distinguebantur. Nam bonæ fidei iudicium ex emptione ita reddebat prætor. *Si paret, Lucium Titium Sempronio fundum Tusculanum tot aureis vendidisse: Aquilius ex bona fide alterum alteri condemnato.* Eaque adiectio: *ex bona fide*, satis erat utrique ad facultatem alio loco petendi, quod ut certo loco præstaretur, convenerat. Satis idem iudici, ut quod utriusque interesset suo loco solvi, id æstimaret. De quo genere multa diligenter conquisita, & erudite scripta sunt a Duareno in *Commentario*, *De in litem iurando*, *ad L.* 5. in illis verbis, ET IN BONÆ FIDEI IUDICIIS. At ex aliis caussis, ex quibus quid certo loco dandum fuit, sic fere redderet prætor arbitrariam actionem. *Si paret, Lucium Titium Mævio centum Ephesi promisisse: Aquili, in tantam pecuniam condemnato: nisi quia suo loco non solvitur, arbitrabere, reum plus minorisve condemnandum.* His verbis committebatur æstimatio rei arbitrio iudicis: unde arbitrariæ nomen. *L.* 3 *sup. l. centum*, *seq.* Superiorem definitionem de bonæ fidei iudiciis sic accipi vult Ulpianus: nisi quis ex bonæ fidei contractu non convenerit tantum, ut certo loco quid traderet, sed etiam *traditurum se sit stipulatus*. Tum enim arbitraria actione utendum esse. Merito: nempe ut ex stipulatione, ex qua hanc actionem alio loco agenti proditam esse proximis capitibus diximus. Ubi, *stipulatus*, cum dictum sit de reo, non nisi passive accipi potest, pro, *interrogatus*: ut sit, si traditurum se quis interrogatus promiserit. Recte, & ex usu Latini sermonis: quia stipulari verbum commune est, ut Priscianus docet *Lib.* 5. quod & ab aliis nostra ætate compluribus aliis in locis iuris recte est observatum.

Ad L.

Ad L. Centum Capuæ. 9.

Africanus libro tertio Quæstionum.

Centum Capuæ dari stipulatus, fideiussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit: idest, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat: lisque tanti æstimetur, quanti eius vel actoris interfuit eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur obligationem fideiussoris augeri. Neque enim hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duæ stipulationes sunt; hic autem una pecuniæ creditæ [est]; circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur: officium iudicis tale esse debeat, ut æstimet quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quæ petetur, Capuæ solutam esse.

S U M M A R I A.

1. *Difficultas responsi.*
2. *Facti species.*
3. *Quæsita tria, de quibus responsum Africani, & inibi singulæ eius partes ordine simpliciter & perspicue explicantur.*
4. *Cum fideiussore & alio loco agi potest, & non nisi arbitraria.*
5. *Fideiussor loco constituto aut alibi prius conveniri non potest, quam promissor in locum constitutum pervenire potuerit.*
6. *Sed nec prius quam & ipse eodem pervenire potuerit: &* L. si testamento, §. ult. D. de fid. *exposita.*
7. *Utilitatem actoris alibi agentis etiam adversus fideiussorem æstimari, si fideiussor moram fecerit, quamvis solus, non item reus; sed non aliter: nec pugnare hoc cum natura fideiussoriæ obligationis.*
8. *Fideiussori in omnibus & dandi & faciendi obligationibus mora sua solius nocet.*
9. *Fideiussorem in maiorem quantitatem teneri posse, quam in quam se obligavit, ex mora sua: in his caussis in quibus moræ damna præstantur, ut bonæ fidei iudiciis, aut arbitrariis.*
10. *Fideiussorem ab initio in duriorem caussam obligari non posse; eventu, posse facto & mora sua in duriorem caussam teneri.*
11. *Moram rei fideiussori nocere ad perpetuandam obligationem, non ad augendam.*
12. L. quæro, D. loc. *quam non temere videatur adversari huic loco.*
13. *Fideiussorem ex mora rei non teneri ne in accessionem quidem, in quam ab initio se non obligavit, & num. 22.*
14. *Augeri fideiussoris obligationem mora rei, si ob moram rei cogatur præstare, quod actoris interest suo loco solvi, quod sine mora rei non præstaret.*
15. *Augere obligationem fideiussoris quæ præstationes intelliguntur, & hoc apud Africanum quid sit.*
16. *Officio iudicis quæ præstantur, & deberi & in obligatione esse generaliter dici posse, & solere.*
17. *Officio iudicis quæ præstantur, ideo non esse in obligatione, quia non sunt principaliter: deberi tamen & iure postulari posse.*
18. *Arbitrio iudicis quæ permittuntur, pleraque & necessitati iuris subiici, non omnia: & hæc quæ sint*
19. *Usurarum & eius quod actoris interest propter locum, accessiones esse eiusdem generis, ut una non magis debeatur a fideiussore, quam altera ex mora rei.*
20. *In* L. quæro, D. loc. *fideiussor se obligat in accessiones ex mora rei officio iudicis præstandas, quæ aliter ab eo non debentur: in hac* L. centum, *se non obligat.*
21. L. quæro, D. locat *exposita.*
22. *In caussam omnem se obligare, quid.*
23. *Usuræ ex mora rei præstandæ incipiunt esse in obligatione fideiussoris, si se in eas obligavit, sive nominatim, sive generaliter.*
24. *Non augetur obligatio fideiussoris ex mora aut facto rei, cum ob moram eius præstat usuras, si in eas quoque ab initio se obligavit.*
25. In omnem caussam conductionis, seu stipulationis, *quid sit.*
26. *Fideiussor in specie* L. centum, *non obligavit se in id quod interest ex mora rei; & unde id intelligatur.*
27. L. quæro, locat. & L. centum, hic, *dissimilitudo summatim exposita.*
28. *In id quod actoris propter locum interest si fideiussor ex mora rei nominatim se obliget, fore, ut id debeat, & in id obligetur ex stipulatione.*

1 NON abs re hoc responsum omnibus ætatibus obscurum est habitum: est enim re vera, ut & alia nonnulla Africani. Difficultas cum ex verbis, tum ex rebus.

bus. Ex verbis: quia est in his summa & praecisa quaedam brevitas, quae facit, ut sententia nisi a peritissimis earundem rerum intelligi non possit. Ex rebus: quia sententiae, quae hoc responso statuuntur, ab aliis locis, ut videntur, contrariis laborant. Sententiam responsi prius simplicem proponemus. Deinde quam recte ex ratione reliqui iuris singula dicantur, ex-
2 pendemus. Sententia igitur haec est: † facti speciem initio sic proponit. Creditor centum Capuae sibi dari a debitore stipulatus est. Stipulatus fideiussorem accepit. Hoc ille simpliciter de fideiussione. Quod aliter accipere non possumus, quam ut fideiussio ad praecedentem stipulationem referatur, intelligamusque creditorem fideiussorem accepisse eius stipulationis & obligationis nomine, quae praecessit. Quia ergo dixit, creditorem nihil amplius stipulatum, quam centum sibi Capuae dari: fideiussorem sic datum accipiemus, ut vel eadem centum Capuae dari, fide sua esse iuberet, vel promitteret indefinite quod reum dare facere oportet Capuae, seu quod
3 reus deberet. † Hic de fideiussore tria quaesita sunt: Primum, an ex hac caussa alio loco conveniri possit, quam Capuae. Secundum, si potest: an ita conveniendus sit, ut sit arbitraria actio, qua aestimetur, quod eius interest, Capuae potius solvere, quam alibi. Tertium, an in hac actione actoris quoque ratio haberi debeat, ut sic fideiussor damnetur & in sortem, in quam se aperte obligavit, & praeterea in id, quod actoris interesse constiterit, pecuniam Capuae solvi: de quo in obligatione fideiussoria nihil aperte verbis comprehensum est. Africanus respondens principio id ponit, quod omnia complectitur: deinde, ut obscurius, explicat ita, ut de singulis aperte respondeat. *Ea pecunia*, inquit, *a fideiussore similiter, ut ab ipso promissore peti debebit*. Hoc, ut dixi, continet omnia, de quibus supra quaesitum est. Quomodo enim peteretur ab ipso promissore? Nempe hoc modo, ut liceret stipulatori ab eo petere etiam alibi quam Capuae. Sic tamen alibi, ut ibi arbitraria agi deberet. *§. loco, Inst. de act.* Ita autem in loci constituti utilitate aestimanda utriusque utilitatem contineret tam actoris, quam rei. *L. 2. in pr. & §. ult. supr.* Verum actoris ita, si reus cum quo agitur, moram fecisset, non si alius. *d. L. 2. § ult. supr.* Haec ergo eadem in fideiussoris persona servanda esse superior definitio indicat. Quod & ipsum intelligi vult Africanus. Sed ut in definitione generaliore, an hoc sentiret, dubitari potuit, & praeterea explicatione indigebat; ideo interpretatur: & in singulis, de quibus quaeri dixi, congruere similitudinem ostendit. Ait ergo: *idest, pecunia ita peti debebit, ut si alibi quam Capuae petatur*, (quo satis declarat etiam alibi a fideiussore peti posse) *arbitraria agi debeat; iisque tanti aestimetur, quanti eius, vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius, quam alibi solvi*. Ita de singulis tribus propositis explicate respondet, nimirum & fideiussorem in proposito alibi de pecunia debita conveniri posse: & si alibi conveniatur, esse arbitrariam: quae utilitatem contineat, fideiussoris quidem certo, ut eius cum quo agitur, cuius in hac actione propria caussa est: *d. § loco, Inst. de act.* sed non minus & actoris: quia arbitraria utriusque utilitatem, ut dixi, continet, tam actoris quam rei. Et quod ait Africanus aestimari, quod interfuit fideiussoris, vel actoris disiunctim: eo dicit, ut significet, utercunque erit, cuius intersit, huius rationem haberi: & ideo modo huius, modo illius, prout scilicet huius, aut illius solum interterit. Caeterum si intersit utriusque, etiam coniunctim utriusque ratio habebitur. *d. L. 2. in pr. supr.* Sed quod dixit de utilitate actoris adversus fideiussorem aestimanda, nondum in eo similitudo promissoris proposita, absoluta erat: neque enim hanc utilitatem praestaret promissor ipse, si per eum mora non fuisset, quominus Capuae solveret. Ergone adversus fideiussorem eam utilitatem indistincte aestimandam dicemus, etiam si ipse moram non fecerit? Non conveniebat superiori definitioni, neque par erat. Et ideo ut intelligeremus in fideiussore per omnia convenire exemplum promissoris, quod proposuit: idipsum quod de utilitate actoris aestimanda generaliter dixerat, interpretatur statim, & temperat hac conditione: si modo & per fideiussorem mora fuerit, quominus pecunia Capuae solveretur. Quod si non fuerit: negat adversus eum omni modo aestimandam. Atque hoc illud temperamentum est, quod subiicit in his verbis, NEC OPORTEBIT. Ait igitur, *nec oportebit:* quasi diceret; nec tamen oportebit, *quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri*. Quod forte per reum steterit: idest, quod forte reus principalis solus in summa Capuae solvenda moram fecerit, non autem fideiussor. Nam si & fideiussor moram fecisset, ex ipsius mora augeretur eius obligatio, non ex mora alterius. Moram autem

tem per reum factam dicit, quod tota centum soluta non sint: quia ad rectam oblationem & evitandam pœnam seu moram, nihil prodest particulatim offerre. *L. obsignatione, C. de solut. L. tutor, §. Lucius, infr. de usur.* Ergo hoc dicit: nec oportebit, quod forte reus principalis moram fecerit, quominus Capuæ solveret, ideo fideiussoris obligationem augeri. Sensus est: quod dixi litem æstimandam adversus fideiussorem, quanti actoris interfuit, plane sic erit accipiendum: si & ipse moram fecerit. Quod si non fecit: nec si reus ipse in mora fuerit, ideo augebitur obligatio fideiussoris, idest, iden actoris utilitas adversus fideiussorem æstimabitur. Non enim potest hoc casu ea utilitas æstimari ultra sortem, quin hactenus ex mora rei augeatur fideiussoris obligatio: hic enim ex fideiussione in sortem tantum fuit obligatus. Porro ex mora rei augeri fideiussoris obligationem non oportet. Posuit antecedens, ut ex eo consequens intelligeretur. Nam si fideiussoris obligatio ex mora rei augeri non debet: sequitur, ut utilitas actoris ex mora rei præstanda non sit a fideiussore: propterea quod isto modo huius obligatio ex illius mora augeretur. Nam quod quidam adversus aliorum sententiam Petrum secuti, differere hoc loco cœperunt, cum fideiussor præstat, quod actoris interest, eius obligationem non augeri, cum tamen fateantur, fideiussorem in eam accessionem obligatum non fuisse, verum non est. Quidquid fideiussor per caussam fideiussionis supra obligationem præstare cogitur, in eo eius obligationem augeri recte dixeris. Non augetur obligatio nova obligatione, fateor: cum illud quod interest, non ex obligatione fit, sed ex officio indicis; at augetur nova præstatione. Quocunque modo augeatur, ad hunc locum nihil refert: cum hoc solum quæramus, an augeatur.

Sed hanc esse Africani sententiam hoc loco, paulo post eum ad solutionem locorum diffidentium ventum erit, plenius & certius intelligetur. Nunc hanc esse teneamus, fideiussorem in proposito alibi, quam Capuæ conventum arbitraria actione, non oportere damnari præter sortem in id, quod actoris interfit, Capuæ potius quam alibi solvi, ob id tantum, quod forte per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret: quia hoc modo futurum sit, ut ex mora rei augeatur obligatio fideiussoris, quod admitti non oportet. Hoc loco occurrebatur Africano, quam obiectionem tacitam diluit in illis verbis, NEC ENIM. Obiectio est huiusmodi. Cum reus tenetur in sortem, & usuras hac conditione promissas, si sortem non solvisset: si eius stipulationis nomine fideiussor datus sit: constat, sorte non soluta & mora a reo facta, fideiussorem etiam in usuras sortis ex mora rei teneri; quamvis constet usuras sortis accessionem esse. *L. eos, in pr. C. de usur.* Ut in specie *L. lecta, supr. si cer. pet.* reus promiserat se sortem Calendis soluturum, & nisi solvisset, usuras. Si in eam obligationem fideiussor accessisset: nemo dubitat, quin sorte a reo sua die non soluta, idest, mora a reo facta, ut reus, sic & fideiussor in usuras quoque teneretur. *L. fideiussor, C. de fid.* At qui promisit centum Capuæ, de quo promissore hic agitur, is duas itidem ad res tenetur, in sortem, & præterea in id quod actoris interest, eam summam Capuæ solvi, si alibi quam Capuæ agatur. Quare si fideiussor eius obligationis nomine acceptus sit, ut hic acceptum proponimus: mora a reo facta, etiam in illud ipsum quod actoris ex mora rei interest, fideiussor tenebitur. Occupat Africanus, & confirmat recte se prius statuisse, cum dixit non oportere fideiussoris obligationem præstatione eius quod actoris interest, ex mora rei augeri: nec nos exemplo usurarum in contrariam sententiam moveri debere. *Neque enim*, inquit, *hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum*. Caussam vocat usitato Latinorum ac præsertim nostrorum more, negotii & facti speciem, quæ implicitam in se habet de re aliqua quæstionem: ut in *L. 3. infr. de iur. & fac. ignor.* ut in illo Alfeni, *in caussa ius esse positum*: L. si ex plagis, *§. in clivo, sup. ad leg. Aq.* quo significatur, ut est facti species, quæ proponetur, ita ius esse, quod de eo respondeamus: quia hoc pro circumstantiis rerum, personarum, & similibus varietur, ut eleganter declaratur in exemplo apud Alfenum proposito. Ergo hæc caussa, idest, hæc negotii & facti species, in qua centum Capuæ dari promissa sunt, & dum alio loco hæc summa petitur, de accessione eius quod actoris propter locum interest, amplius quæritur, non recte comparabitur obligationi usurarum. Quasi de superiore argumentatione responderet ad hunc modum: admittere se quæ sumpta sunt; negare collectionem: idest, admittere se, quemadmodum promissor tenetur in sortem, & usuras ex mora sua: ita teneri eum & in sortem, quam se Capuæ daturum promisit; & amplius ex mora sua

in

in id quod actoris intereſt, pecuniam Capuæ ſolvi; ſed non ideo conſequens eſſe, fideiuſſorem qui ſe in utramque obligationem obſtrinxit, pariter in id quod propter locum actoris intereſt, & in uſuras a reo promiſſas ex mora rei obligari. Quoniam hoc *teneri* ambiguum ſit; & reus aliter atque aliter in has acceſſiones ex mora ſua teneatur. Unde evenire neceſſe ſit, ut & fideiuſſor de uſuris ex mora rei recte obligetur, de altera autem ſpecie acceſſionis nec obligetur, nec ullo modo ex mora rei teneri debeat. Id explicat: *ibi enim*, inquit, *duæ ſtipulationes ſunt: hic autem una pecuniæ creditæ*. Ibi, ideſt, in obligatione uſurarum promiſſarum duæ ſunt ſtipulationes, nempe una ſortis, quam obligationem principalem præcedere oportet, quo uſurarum acceſſio conſiſtat; *d. L. eos, in pr. C. de uſur. L. cum principalis, infr. de reg. iur.* altera uſurarum, ſine qua in ſtrictis iudiciis uſuræ non deberentur. *L. 3. C. de uſur.* Hic autem, nempe cum centum Capuæ promiſſa ſunt, & alibi agente ſtipulatore præter ſortem id quod intereſt actoris propter locum petitur: hic inquam, una eſt ſtipulatio tantum, & ea pecuniæ creditæ, quam creditor Capuæ ſibi dari ſtipulatus eſt, ut initio capitis propoſuit; eius quod amplius actoris intereſt, nulla nec ſtipulatio, nec obligatio: quod confirmatur aperte, in L. *ult. infr. eod.* Addit: *circa cuius exſecutionem æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur*. Dictum & hoc tacitæ obiectionis occupandæ cauſa. Diceret enim aliquis, quomodo illius quod actoris intereſt, nulla eſt obligatio: cum conſtet eius rationem haberi in actione arbitraria, & reum in id quoque, ac non in ſortem tantum condemnari? *L. 2. in pr. & §. ult. ſupr. eod.* hæc vero contraria videri. Significat ergo hac adiectione, recte dici in propoſito unam obligationem eſſe pecuniæ creditæ: non obſtare, quod ultra ſummam promiſſam accedat etiam præſtatio eius, quod actoris propter locum intereſt, in quam & reus damnetur. Id enim eo fieri, non quia illud quod hic actoris intereſt, debeatur a reo, ſitque in obligatione; ſed quia officio iudicis præſtetur, ut & alia pleraque: quæ cum negentur in obligatione eſſe, tamen ex officio iudicis venire & præſtari dicantur, veluti uſuræ in bonæ fidei iudiciis. *L. qui per colluſionem, §. ult. infr. de act. em. L. quæro, infr. loc.* Officium autem iudicis in hac cauſſa ex eo; *quod*, inquit Africanus, *æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur*: nimirum iudice ad arbitrariam actionem dato, cuius hæc ſignificatio eſt, ut res in arbitrium iudicis referatur. *L. 3. ſupr. eod.* Committitur autem, inquit, huius æſtimationis ratio circa exſecutionem ſtipulationis pecuniæ creditæ: ideſt, circa actionem arbitrariam, qua de hac pecunia promiſſa ex ſtipulatione alibi agitur. Sic iuris auctores non raro exſecutionem ſtipulationis & obligationis vocant actionem: ut in *L. ſi minor, L. in exſecutione, in pr. infr. de ver. obl.* & recte: Nam omnis ſtipulationis & obligationis exſecutio eſt in actione & perſecutione iuris noſtri: qua fit ſcilicet, ut obligatio tandem iudicio, & rebus iudicatis ad finem & exitum ſuum, ideſt, ad præſtationem conſtitutam perducatur. In ſumma hoc reſpondet Africanus, diſſimiles eſſe præſtationes harum acceſſionum: quod uſuræ promiſſæ debeantur a promiſſore; id autem quod actoris intereſt propter locum non debeatur, nec ſit in obligatione, ſed tantum officio iudicis accedat. Sed quid hoc ad iſtarum rerum præſtationes in perſona fideiuſſoris diſtinguendas, efficiendumque, ne fideiuſſor in hoc ipſum quod actoris intereſt, ex mora rei condemnetur? Quid enim prohibet, quominus dicamus fideiuſſorem non quidem ex obligatione, attamen officio iudicis in eam acceſſionem ex mora rei condemnari? quod ſi obtinemus, ſatis eſt. Hoc enim tantum quærebatur, an hoc ipſum ex mora rei æſtimandum eſſet adverſus fideiuſſorem, idque actione arbitraria: ac proinde arbitrio iudicis, non autem ex obligatione. Et non eſſe æſtimandum diximus, ne officio quidem iudicis: ne fideiuſſoris obligatio ex mora rei augeatur. Quod & verum eſt: & vero ex iis, quæ de obligatione promiſſoris in his rebus eſſe dixit, optime efficitur. Nunquam enim fideiuſſor extra moram ſuam in aliud obligatur, quam in id, in quod ſe obligavit. *L. eum te, C. ne ux. pro marit. L. 1. C. ne fil. pro patr. L. fideiuſſores. 68. §. 1. infr. de fideiuſſ.* Ad quid autem ſe obligarit, cum obligationem promiſſoris ſuſcepit, ſeu cum ſe eius obligationis nomine obſtrinxit, perſpicuum eſt ex obligatione promiſſoris pendere. Tantum enim ſuſcepit fideiuſſor, quantum ille ex ea cauſſa debuit: & quod ille non debuit, ne fideiuſſor quidem in id ſe obſtringit. Quapropter ſi debuit promiſſor ſortem & uſuras ex mora, ut debuit, cum ſortis & uſurarum duæ ſunt ſtipulationes: debebit eadem conditione & fideiuſſor, qui fide ſua eſſe iuſſit totam cauſ-

caussam stipulationis, seu quod reus debebat: nec periculum erit, ne cum hic præstabit usuras ex mora rei, videatur eius obligatio augeri, cum hæc eius obligatio ab initio fuerit. Contra vero si reus sortem solam debuit, non id quod actoris interest, quamvis post moram suam: ne id quidem debere potest fideiussor ex mora rei: quia non aliud fide sua esse iussit, quam quod reus vel promiserat, vel debebat. Qui fit igitur, ut fideiussor teneatur in id quod interest actoris, ubi ipse moram fecit, ut initio respondet Africanus: cum non magis in eam quantitatem nominatim se obligarit, quam cum moram non fecit? Moræ eius hæc pœna est: quam æquum est præstari, ne mora eius creditori noceat contra rationem iuris. *L. in condemnatione*, *§. unicuique*, *infr. de reg. iur.* de quo pluribus postea. Sed non explicabatur res hoc responso, nisi etiam constaret verum esse, quod dicit: cum centum Capuæ promissa sunt, in stipulatione & obligatione solum esse centum promissa, non item quod actoris interest, tantumque id officio iudicis accedere. At etiam nunc de eo dubitari poterat. Ideo & id confirmat ad extremum illic: eiusque differentiæ Argumentum hoc est. Nam si reus moram fecerit, quominus centum Capuæ solveret, etsi iam tum incipit non in sortem tantum teneri, sed etiam in id quod actoris interest, Capuæ solvi: tamen si postea partem sortis solvat, eius quod actoris interest petitio pro ea parte exstinguitur. Hoc vero recte dicit evidentissimum argumentum esse, illud quod interest, prius in stipulatione & obligatione non fuisse. Nam si fuisset, quamvis sorte tota soluta, nihilominus eius petitio superesset: sicut accidit in sorte & usuris promissis, aut pœna, ubi sorte soluta nihilominus usurarum & pœnæ integra petitio est. *L. 1. C. de ind. L. Lucius, infr. de act. em.*

Sententia Africani exposita est. Quod sequitur, qualia sint, quæ hic statui supra diximus, & quid in his cum reliquis
4 locis iuris conveniat, videamus. † Et in his certa hæc duo: primum quod vult ex stipulatione, centum Capuæ dari, etiam cum fideiussore alibi agi posse, similiter ut cum promissore. Deinde, quod si alibi cum eo agetur, ait non nisi arbitraria agi debere, in qua æstimetur id quod ipsius fideiussoris interest, eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Utrumque certum ex edicto. Nam de omni eo quod quis certo loco se daturum promisit, comparata est edicto actio, qua id etiam alibi peti possit: *L. 1. supr. hic*, *§. loco*, *inst. de act.* neque ex stipulatione, *centum Capuæ dari*, aliud promittere intelligitur fideiussor, qui in eandem rem se obligavit. Hoc autem semel admisso, ut alibi agi possit, constat non aliam hic actionem esse, quam arbitrariam, & maxime eius cum quo agitur, sublevandi caussa, ne unquam loci constituti utilitas prius quæsita reo auferatur. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promiss. d. § loco*, *Instit. de act. L. 2. §. 1. supr. eod* Reliqua sunt quatuor, quorum alia aliis vel obscuriora vel incertiora sunt: omnia tamen eiusmodi, in quibus nonnihil dubitationis hæreat: quæ discutienda est. Sunt autem hæc: Primum, quod ait, cum fideiussore alibi agi posse, nec exprimit, quando. Secundum, quod dicit, cum alibi cum fideiussore agetur, teneri hunc quoque ex mora sua officio iudicis ultra sortem in id, quod actoris interest suo loco potius solvi. Tertium, quod negat, in hoc ipsum quod actoris interest, teneri eum ex mora promissoris. Postremum, quod ad huius sententiæ confirmationem vult videri utilitatem loci a promissore præstandam ita in obligatione non esse, ut sorte soluta, simul & eius utilitatis petitio tollatur. Sed hoc cum ex professo tradatur in *L. ult. infr. eod.* illic explicandi locus est. Quare & hoc in eum locum reiecto, reliqua erunt illa tria, quæ hic separatim expendamus. Ait ergo, etiam alibi a fideiussore pecuniam peti posse, † statimne? aut si non statim, quando? Et addit, a fideiussore peti posse si- 5
militer, ut a promissore. Hæc verba etiam in tempore agendi rem expediunt, si recte accipiuntur; sed prima fronte sunt eiusmodi, quæ potius in hac quæstione rem dubiam faciant, ac pugnent cum aliis locis. His enim verbis significari videtur, si quidem a promissore adhuc peti non potest, nec a fideiussore peti posse; at si a promissore potest, etiam posse a fideiussore: sic enim fieri, ut ab hoc petatur similiter ut ab illo. Prius verum est, etsi dubitatur interdum, an sit perpetuum. Posterius falsum est: ut vel hoc nomine utraque pars, una & hic locus in hac quæstione explicatione egeat. Et constat in huiusmodi obligationibus, *Capuæ dari*, inesse diem tacite, quo in locum constitutum pervenire promissor possit: quo transacto possit pecunia ab eo peti; nondum præterito, perperam cum eo agatur. *L. 2. §. qui ita stipulatur, supr. L. interdum, infr. de verb. obl.* Si quidem ergo a promissore nondum peti potest, quia

quia nondum transiit id tempus, quo pervenire Capuam potuit: absolutum est, nec cum fideiussore alibi agi posse, usque adeo: ut quamvis fideiussor iam ab initio fuerit Capuae, aut iam Capuam pervenerit feliei aliqua & insolita navigatione usus: nihilo tamen magis placeat eum conveniri posse vel Capuae vel alibi, si promissor Capuam nondum pervenire potuit. *L. si testamento*, 49 §. *ult. infr. de fideiuss.* Nihil ad rem pertinet, quod in fideiussoris persona nullus dies est, quem hic exspectari oporteat. Satis est in promissoris obligatione diem inesse. Ante hunc nec fideiussor conveniri potest: quia non potest in duriorem caussam teneri, cum sit accessio principalis obligationis. *L. grace*, §. *illud*, *d. L. qui testamento*, *in fin. infr. de fid.* §. *fideiussores*, *Inst. de fideiussor.*

Hactenus ergo recte significatum hoc loco, a fideiussore pecuniam peti non posse, ubi a promissore peti non potest. † 6 At quid e converso, si iam pecunia peti potest a promissore, quia pervenire potuit Capuam: etiamne peti poterit a fideiussore, quamvis ipse nondum pervenire potuerit? finge reum promittendi Capuae esse, ibique promisisse; fideiussorem autem datum Romae promisisse se Capuae daturum. Finge utrumque promisisse Romae; sed cum debitori iam prope transiisset tempus, quo Capuam pervenire posset, dedisse fideiussorem, qui promitteret itidem se Capuae daturum, & cui ad perveniendum Capuam tanto tempore opus esset, quanto opus fuit ab initio promissori. An quia cum promissore agi potest, etiam agi poterit cum fideiussore? iam dixi verba huius loci prima ratione id efficere videri. Nam pecuniam peti posse a fideiussore similiter ut a promissore, nihil aliud esse videtur, quam quae pecunia a promissore peti potest, aeque eam peti posse a fideiussore. Sed hoc probandum non esse dixerit Papinianus in *d. L. si testamento*, §. *ult. de fideiussor.* atque ita definit, fideiussoriam obligationem in proposito conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere, tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris: ut scilicet sive reus pervenire non potuit Capuam, atque ita diem tacitum adhuc habeat, idem dies fideiussori prosit, ne cum eo agi possit, quamvis ipse iam eo pervenerit; sive contra potuerit reus Capuam pervenire, nondum autem fideiussor, hic habeat diem ex persona sua, quo fiat, ne cum eo agi possit, tametsi possit agi cum promissore. *Quoniam*, inquit Papinianus, *aliud respondentibus*, *contra iuris formam in duriorem conditionem acceptus fideiussor intelligetur*. Recte: nam in eadem difficultate Capuam perveniendi promissor conveniri non posset. An non ergo saltem hactenus falsum est, quod Africanus ait, ut cum promissore alibi agi potest, similiter agi posse & cum fideiussore? Imo hac quoque parte verissimum. Hoc enim, similiter, non ad tempus agendi referri debet, sed ad conditionem. Denique hoc efficit, ut quae pecunia a promissore peti potest, peti possit & a fideiussore, non eodem tempore, sed eadem conditione. Haec autem eadem conditio futura est, si quae dilatio promissori ex intervallo locorum tribueretur prius quam eo pervenire potuisset: haec eadem fideiussori in iisdem intervallis & eadem itineris difficultate impedito tribuatur. Atque hac parte tantum abest, ut dissentiat Papinianus ab Africano, ut ille ad confirmationem sententiae suae, non alio argumento utatur, quam similitudine a promissore petita. Cur enim ratio proprii temporis haberi debeat ex persona fideiussoris, hanc rationem reddit, quod similiter nec reus ipse in eadem difficultate teneretur: unde eventurum sit, ut si fideiussor teneatur dissimiliter, huius durior conditio constituatur: quod ius non concedit. Ergo haec summa est: cum quaeritur, quando ex huiusmodi stipulationibus, *Capuae dari*, agi possit cum fideiussore vel Capuae, vel alibi, vere dici, *similiter* cum fideiussore agendum, ut cum promissore ageretur. Sed hoc, *similiter*, in tempore agendi hanc significationem habere, ut duobus temporibus ex mora taciti temporis cum fideiussore agi non possit: uno, si nondum agi potest cum promissore, quia nondum Capuam pervenire potuit. Altero, si nunc quidem possit cum promissore agi, sed si in eadem caussa esset, in qua nunc est fideiussor, qui Capuam pervenire non potuit, agi non posset: id est, si eadem difficultas Capuam perveniendi ei obstaret, quae nunc obstat fideiussori.

† At, si cum fideiussore alibi agetur quam Capuae, aestimandum esse arbitraria actione, quod actoris interfuerit pecuniam Capuae potius solvi. Quod sic intelligi volumus: si fideiussor ipse in pecunia Capuae solvenda moram fecerit. Alioqui contra. Nam nec adversus promissorem aliter id aestimaretur, quam si ipse moram fecisset, *L.* 2. §. *ult. supr.* ut & pluribus ostendi initio eius *L.* proinde nec aestimabitur adversus fideiussorem alia conditione: ut fiat, quod ante dixit, a fideiussore nimirum pecunia petatur similiter ut a pro- 7

missore: quod nisi fit, in duriorem caussam fideiussor acceptus videbitur contra iuris formam *d. L. si testamento, in fin. infr. de fideiussor.* Sed ut si moram fideiussor non fecit: veluti quia Capuam venit, nec pecunia ab eo petita est, non habetur adversus eum ratio eius quod actoris interest: ita cum moram fecit, si cum eo alibi agetur, semper manebit, quod Africanus ait, etiam actoris rationem haberi. Nihil enim hinc excipit, praeterquam si ex mora solius rei a fideiussore petatur id quod actoris interest. Unde intelligitur semper alias adversus fideiussorem id aestimandum. Ergo & sive fideiussor una cum reo, sive solus moram fecerit: si tamen & cum fideiussore alibi agi potest ita, ut ipse solus ante moram faceret, non etiam promissor: quo nihil verius. Finge promissorem intra tempus venisse Capuam, ibi non offendisse creditorem, atque ita non interpellatum discessisse. Post, eodem venisse fideiussorem, ibique eum a creditore, qui & eodem venisset, interpellatum non solvisse. Sine dubio reus non interpellatus hic moram non fecerit; & fideiussor recte interpellatus fecerit. *L. mora, infr. de usur.* Non enim verum est, quod vulgo putant, & Bartolus hic scripsit, cum fideiussore agi non posse, nisi ambo, ipse & promissor in pecunia Capuae solvenda moram fecerint. Recte quidem dicitur, non posse prius agi cum fideiussore, quam praeterierit id tempus, intra quod ambo Capuam pervenire potuerunt. *L. si testamento, §. ult. infr. de fideiussor.* sed errant in eo, quod putant, cum id tempus in utriusque persona praeterierit, moram ab his fieri. Quod enim dicitur, cum dies stipulationi adiicitur, ipso diei lapsu sine alia admonitione moram contrahi, *L. magnam, C. de contrah. stip.* in eo die locum habet, qui solvendae & praestandae rei promissae dictus est. Diversa caussa est eius temporis, quod tacite inest ex loci adiectione. Hoc enim non solutioni constituitur, sed itineri faciendo. *§. loca, Inst. de verb. obl.* Redeo ergo ad definitionem superiorem, quae & Africani est: sive promissor & fideiussor una moram Capuae fecerint; sive fideiussor solus, quod accidere potest: hic si alio loco cum fideiussore agi coeperit, etiam actori aestimandum, quanti eius interfuerit, Capuae solvi.

Hic varie refragari videtur conditio fideiussoriae obligationis. Tria enim hic dicimus, quae totidem ut obligationi fideiussoriae contraria aliis locis improbari videntur. Sed de singulis dicam ordine, quo facilius unumquodque per se explicetur. † Primum ergo hic dicimus, fideiussorem teneri ex mora sua in id quod actoris interest: cum nisi moram fecisset, non teneretur, ne ex mora quidem rei principalis. At hic quidam subsistunt, putantque videndum, ne hoc quibusdam locis traditum sit, fideiussorem ex mora rei teneri posse; ex sua nequaquam: ut *L. cum filiusfamil. §. 1. infr. de verb. obl. & L. si libertus moram, infr. de oper. libert.* in quibus traditur fideiussorem ob factum & cessationem debitoris teneri; ob suam hunc non teneri. Sed ne dubitemus affirmare de mora, ut reus ipse ex mora sua tenetur: sic fideiussorem pariter ex sua teneri: & generaliter utrique pariter nocere moram suam in eo, quod uterque ex aequo praestare debuerit. Generaliter sic regula iuris concepta est: unicuique sua mora nocet. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Non nocet unicuique, si fideiussori non nocet. Proinde nocet & debitori & fideiussori. Et quidem cum in dando obligatio est, ei nocere moram suam inter omnes convenit. Nam si Sticho promisso fideiussor aut eum hominem occiderit, aut solus in eo praestando moram fecerit, ac deinde Stichus decesserit: reum liberari placet; fideiussorem in obligatione retineri, & solum ex stipulatione conveniri posse. *L. mora, infr. de verb. obl. d. L. si libertus moram, de oper. libert.* Quo admisso, etsi solum concederetur: tamen satis esset ad huius loci defensionem, in quo de obligatione dandi agitur. Sed non est, quod reformidemus idem admittere & in faciendi obligationibus. Si in his moram faciat fideiussor, aeque regula iuris superior efficit, ut ei mora sua nocere debeat. Neque enim si mora est, eo minus mora est, quia in faciendi obligatione admissa fuerit. Neque vero id negatur in suprascriptis locis, sed statuitur potius. Non enim dicitur in exemplis illic propositis, moram fideiussoris ei non nocere, sed fideiussoris moram nullam esse: quod expressum est in *d. L. si libertus moram, de oper. libert.* Satis autem significatur in *d. L. cum filiusfam. §. 1. de verb. oblig.* cum proponitur a fideiussore cessatum in eo, quod nec debuit ipse praestare, nec ab eo peti potuit. Nulla enim mora intelligitur ibi fieri, ubi nulla petitio est. *L. nulla, infr. de reg. iur. L. si pupillus, infr. de ver. obl.* Non sunt ista contraria, si quis quod dicit de fideiussore, qui moram fecit, de eo qui moram non fecit, negat; aut contra. Quin recte 8

recte utrumque & admodum convenienter: cum contraria facta contrarium ius exigant. Plus dico: etiam superioribus locis moræ pœna in fideiussore confirmatur. Qui enim negat fideiussori factum suum nocere, & ideo negat, quia nihil in eo fideiussor debuerit, eoque nec moram fecerit: satis aperte hoc dicere intelligitur, si debuisset, & moram fecisset, contra dicendum fuisse. Et vero id etiam ita expressum est in *d. L. si libertus moram, in fin. de oper. libert.* Constet igitur hoc primum, recte hic dici, & fideiussori non minus suam moram nocere,
9 quam promissori ipsi. † At secundum forsitan non recte. Dicimus enim secundo loco, fideiussorem etsi ex mora sua, attamen ultra sortem Capuæ promissam teneri in id, quod actoris interest: proinde in maiorem quantitatem, quam in quam se obligavit. Nec vero dubium est, quin hoc ipsum dicamus, aut potius quin dicat Africanus. In centum enim Capuæ promissa tantum fideiussor se obstrinxit, sive nominatim hæc eadem promisit, se Capuæ daturum, sive indefinite fide sua esse iussit, quod promissor debebat: centum enim sola is debuit. Id quod interest actoris propter locum, etiam si maxime ex persona rei præstaretur, tamen nec debitum ab eo fuit, nec fuit in obligatione. Ita fit omnino, ut si fideiussor dicitur, ultra centum Capuæ debita teneri, etiam in id quod actoris interest: aperte hoc dicatur, teneri eum in maiorem summam, quam in quam se obligavit. At videamus, ne hoc falsum sit, nec patiatur ius aut conditio fideiussoriæ obligationis, ut qui in certam quantitatem se obligavit, ultra eam teneatur: puta ut qui in sortem se obligavit, teneatur etiam in usuras. Et non teneri, diserte scriptum est in *L. fideiussores magistratuum*, 68. §. 1. *infr de fideiussor.* Quod & verum est, si quid petatur a fideiussore ex persona & mora rei non fideiussoris, ut accidit in specie proposita in *d. L. fideiussores*, 68. usque adeo: ut nihil intersit, utrum id ut ex iis, quæ principaliter deducta sunt in obligationem, an ex iis, quæ per consequentiam accedunt ob moram promissoris. Unde si idipsum quod actoris interest, de quo nunc agitur, peteretur a fideiussore ob id, quod moram promissor fecisset, non recte peteretur: ac præstandum non esse, paulo post dicit Africanus, cum negat in hac caussa ex mora promissoris augeri fideiussoria obligationem. At si quid amplius petatur a fideiussore ex persona ipsius fideiussoris ob factum aut moram eius: non est novum, ut ex eventu præstare debeat officio iudicis eas accessiones, quas æquum sit venire, tametsi in eas se non obligarit, nec ab initio eas præstare cogeretur. Exempli gratia: si fideiussor corpus certum, puta animal promissum ex fideiussione debeat, ac cum eo de ea re iudicio agatur: post iudicium acceptum non tantum animal petitum præstare debebit, sed & omnis caussa veniet, idest, id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutum animal fuisset: ut fructus, ancillæ partus, operarum mercedes, & similia. *L. cum fundus, in pr. supr. si cer. pet. L. 2. infr. de usur. L. præterea, supr. de rei vind.* Scilicet quia æquum sit hæc post litem contestatam moram passo præstari. *L. item si verberatum, in fin. infr. de rei vind.* Proinde & in proposito, si mora a fideiussore facta, alibi quam Capuæ cum eo agetur, recte id quod actoris interest, Capuæ solvi, accedere placet: quoniam hactenus ei moram suam nocere æquum est, & hanc æquitatem arbitrariæ actionis ratio postulat.

Restat tertium, de quo hic ambigebatur. Non enim tantum dicimus, fideiussorem hic teneri ex mora sua in id quod interest actoris, & teneri ultra, quam se obligavit; sed hoc amplius, & teneri solum: nempe etiam tunc, cum promissor moram non fecerit: quo casu utilitas actoris alio loco cum promissore agentis non æstimaretur. *L. 2. §. ult. supr. eod.* Ut priora duo ferre possit fideiussoria obligatio; at certe hoc tertium non videatur pati posse, ut teneatur fideiussor in id, in quod promissor non teneretur. Hæc enim sunt iuris certi: fideiussorem in duriorem caussam accipi non posse: fideiussorem ita obligari non posse, ut plus debeat, quam reus promittendi: fideiussorem multo minus in aliud posse obligari. *L. græce, §. illud, §. idem, infr. de fideiussor. §. fideiussores, Inst. eod.* Sed & hoc ex eadem æquitate est, qua superius. Moram enim fecit fideiussor: hanc illi itidem ut promissori hac quoque in parte nocere æquum est. Neque id ei iuri, quod dixi, adversatur. Sunt enim omnes superiores sententiæ de eo fideiussore, qui initio accipitur, & qui verbis suis & sua sponsione in hanc aut
illam rem se obligat. † Ita est: fideius- 10
sor ita accipi non potest, ut in duriorem caussam se obliget, seu ut promissione & cautione sua plus præstare debeat, quam promissor. Semel autem in eandem rem

& cauf-

& caussam obligatus, eventu ex mora & facto suo ita teneri potest, ut amplius cogatur præstare: vel ut retineatur in obligatione, a qua promissor liberatus sit; vel ut ipsius obligatio novæ præstationis accessione augeatur. Vis hæc est, ut dixi, moræ, quæ ut in promissore, sic & in fideiussore ob eandem æquitatem idem valeat, necesse est. Nam nec promissor ipse ab initio in maiorem quantitatem iure obligatur, quam in quam spondendo se obligat. Si tamen moram facere cœperit: & perpetuatur adversus eum obligatio, & si certo loco quid debuerit, alibi conventus etiam in id quod interest actoris suo loco solvi, condemnatur. Idem & in fideiussore recipiendum est: propterea quod non proprie nascuntur hæc ex obligatione, quæ utique in fideiussore maior esse non potest, quam in promissore; sed ex mora, quæ cum sit in fideiussore, non mirum, si & hic moræ suæ pœnam patitur. Neque enim aliter fieri æquitatis & iuris ratio patitur, quam ut ei mora sua noceat. *d. L. in condemnatione*, *§. unicuique*, *infr. de reg. iur.* Huius distinctionis certissimum argumentum est, quod si fideiussor Stichi moram in Sticho solvendo solus fecerit, deinde Stichus moriatur: eodem tempore evenit, ut liberetur reus interitu rei debitæ, qui sine mora & facto eius contigit, *L. si ex legati*, *infr. de verb. ob.* & nihilominus fideiussor mora sua eundem hominem perpetuo debeat. *L. si libertus moram*, *infr. de op. lib. L. mora*, *infr. de ver. ob.* Atqui hic perspicuum est, fideiussorem iam non tantum plus debere, quam promissorem; sed ipsum debere solum, promissorem autem nihil. Et tamen cum id fit, non metuimus, ne videatur fideiussor in duriorem caussam obligatus: quoniam hoc postea evenit, nec natura obligationis contingit, sed moræ propria pœna est. Quapropter si hoc adversus fideiussorem in tam dispari conditione recipimus tantum propter eius moram: etiam illum alterum effectum moræ, de quo agitur, multo magis adversus eum recipere debemus: quo scilicet fit, non ut fideiussor obligetur solus, sed ut propter moram aliquid amplius, quam reus officio iudicis præstare debeat. Nec magis quam supra metuemus, ne sic videatur obligatus in duriorem conditionem: cum hæc præstatio vere moræ præstatio sit, non obligationis: si quidem id quod interest actoris in hac specie, nec debetur, nec est in obligatione, ut Paulus loquitur in *L. ult. infr.* Constitutum igitur & illud alterum, quod propositum erat, ut si cum fideiussore post eius moram alibi quam Capuæ agetur, æstimari debeat etiam quod actoris interfuerit Capuæ solvi, sive ambo moram fecerint, ipse & promissor, sive fideiussor solus. Addit Africanus tertio loco, hoc se intelligere omnino, si fideiussor moram fecerit, quominus Capuæ solveret. Nam si non fecerit, dum forte venit Capuam, & aut ibi tum non reperit creditorem, aut ab eo non est interpellatus: etsi proponas per promissorem stetisse, quominus ipse solveret Capuæ, negat tamen ex mora promissoris augeri oportere fideiussoris obligationem: innuens, ut supra dixi, ne ex mora quidem promissoris fideiussorem in proposito teneri ultra sortem in id quod actoris interest, ubi ipse ex proprio delicto non conveniatur. Huic sententiæ duo obiiciuntur. Primum generale illud, quo traditur, moram rei fideiussori nocere. *L. mora*, *infr. de verb. obl.* proprie autem & velut in specie ipsa quam tractamus, *L. quæro*, *infr. loc.* ubi placet, rei principalis moram fideiussori nocere, etiam ad earum accessionum præstationem, quæ non ex obligatione, sed ex mora officio iudicis præstantur, quamvis nec nominatim fideiussor in eas se obligaverit. † Sed prius recte vulgo explicatur. De quo consentiens omnium sententia est, quod dicitur moram rei fideiussori nocere, sic accipiendum esse: ut ad perpetuandam fideiussori obligationem noceat, non ad augendam. Quod & ita se habet. Quibus enim locis traditur superior definitio, non simpliciter traditur, sed adiicitur explicatio ab auctoribus. Confertur enim tota eo, ut declaretur interitu rei promissæ, quæ post moram rei periit, non liberari fideiussorem, quamvis ipse in mora non fuerit, sed una cum promissore in obligatione retineri: cum si mora rei illi non noceret in hac re, ipsum ex regula communi quæ est de interitu rei debitæ, liberari oporteret. Vide *L. mora*, *infr. de verb. obl. L. mora*, *in fi. infr. de usur. L. cum filiusf. in pr. de ver. obl.* Sed etsi superior definitio usquam traderetur simpliciter: tamen hanc illius significationem esse, quam dixi, licet intelligere ex regula generali veterum, quæ in universum de effectu culpæ, coque & moræ, tradita est. Sic enim illi definierunt, culpam perpetuare obligationem; nihil amplius. *L. si servum*, *§. sequitur*, *infr. de ver. ob.* Quod igitur dicitur, moram rei fideiussori nocere ad perpetuandam ei obligationem, an eo producemus,

eemus, ut nocere debeat etiam ad fideiussoris obligationem augendam? Nihil vero hæc simile habent; quin potius contrariis inter se caussis continentur. Mora rei perpetuam facit fideiussori obligationem: quia in hanc ipsam rem fideiussor se obligavit, ut mora a reo facta, pariter cum eo teneretur: promisit enim, quod reus debet. At is mora facta, si res pereat, non minus debet quam ante, quasi res exstaret. *L. si ex legati*, *L. nemo*, §. 1. *infr. de verb. obl.* Proinde & fideiussor ex sua sponsione idem debebit. Cum hoc æquum est, tum verbis sponsionis eius efficitur. Idque est, quod Paulus dicit in *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. de ver. ob.* ideo fideiussoribus ex mora rei perpetuari obligationem, quia in totam caussam spoponderunt: id est, in totam obligationem, seu in totum id, quod reus debuit. Contraria omnino de caussa mora rei augere fideiussoris obligationem non potest: quia quidquid auget eius obligationem, eiusmodi est, ut in id se non obligarit. Obligationem enim fideiussoris intelligimus illam, qua ipse se initio fideiubendo pro debitore obstrinxit, seu totum id, in quod se pro debitore obligavit. Quamobrem si quid aliunde augebit hanc obligationem, id extra eam esse necesse est: proinde extra id, in quod se obligavit. Quod si extra est: perspicuum est esse eiusmodi, in quod se non obligarit. Ita fit, quod dixi, ut quæ mora rei fideiussori nocet ad perpetuandam ei obligationem, contraria de caussa nocere non debeat ad obligationem eius augendam: tantum abest, ut ex uno aliud colligi oporteat. Porro ut obligatione fideiussoris & mora remota factum rei illi noceat, ius non concedit. Nemo enim alterius facto onerari debet: nullius factum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *L. in caussæ*, *in pr. supr. de procurat. L. de pupillo*, §. *si plurium infr. de op. no. nunt.* Bene igitur Africanus non oportere ait, mora rei obligationem fideiussoris augeri; nec minus ei definitioni convenienter, qua quibusdam in locis traditur, moram rei fideiussori nocere: quoniam hæc sit auctorum sententia, quam & subiecta explicatione declarant; non ut ad quidvis noceat, quod esset absurdum; sed ut ad perpetuandam obligationem. Quod ad augendam fideiussoris obligationem transferri nulla ratio patitur. Atque hoc, ut dixi, ita vulgo recte acceperunt, etsi nihil amplius, quam ex hoc loco.

12 † Non ita vero de *L. quæro*, *infr. locat.* expedita responsio est. In qua concilianda non minore conatu quam variantibus sententiis ab omnibus certatum est. Nec immerito omnino, ut in re obscura. Quod an recte dicamus, ex locorum collatione & re ipsa intelligetur. Proponitur illic fideiussor indefinite acceptus in omnem caussam conductionis. Placet eum ex mora rei teneri in usuras illatarum tardius pensionum: nempe ergo in accessionem ultra sortem. At quas usuras? quæ debeantur ex mora rei, quæ eædem non ex obligatione, sed officio iudicis præstentur. Et hic non dissimiliter fideiussor simpliciter acceptus est in stipulationem, qua reus centum Capuæ dari promiserat. Placet tamen fideiussorem ex mora rei non teneri in id quod actoris interest, Capuæ solvi: ad quam accessionem nihilominus tenetur reus ex mora sua, & tenetur officio iudicis non aliter, quam in usuras in bonæ fidei iudiciis. Ita in summa in *L. quæro*, vult Paulus ex mora rei fideiussorem teneri in eam præstationem, quæ ex mora rei tantum officio iudicis debeatur: Africanus hic negat. Ac ne forte dicamus aliud esse in usuris, aliud in eo quod actoris propter locum interest: Africanus generali definitione utitur, qua omnem accessionem excludit, ut dicat ex mora rei non oportere obligationem fideiussoris augeri. Quæ si recte ita interpretamur, ut non debeat fideiussor ultra sortem ex mora rei teneri, ne in id quidem quod interest: necesse est istas sententias videri contrarias, nisi dissimiles hic caussæ sint, & ratio differentiæ explicetur: in quo laboratur. Restat ergo, ut de ea dissimilitudine & nos consideremus, quæ alios tantopere occupavit. Quod & statim faceremus, nisi hic quorumdam sententia nos impediret. Volunt enim totum hunc non tantum inutilem, sed etiam stultum laborem esse, qui in quærenda differentiæ horum locorum ratione impendatur: quoniam utroque in loco statuatur idem tam de eo quod actoris interest, quam de usuris: in utramque rem videlicet pariter ex mora rei fideiussorem teneri. Neque eo minus verum esse ex mora rei, fideiussoris obligationem non augeri: quia hæc tota præstatio non sit in obligatione, sed officio iudicis veniat. Quæ sententia Petri fuit, ut hic Bartolus refert veterum de hac re opiniones. Repudiata illa quidem ab aliis omnibus: sed quam tamen quidam nostra ætate pro verissima amplectentur, nec dubitent ex ea rem expeditam dicere, omnemque aliorum contentionem indignam fuisse tanto labore. Quamobrem ne forte & nos hic

hic cum vulgo in eodem errore versemur, aut ne nobis idem obiiciatur: videamus prius, num illi sententiæ Petri stare debeamus, an potius cum aliis eam reiicere: sic denique statuere in dissimilitudine superiore quærenda non inutilem laborem esse, sed plane necessarium, si efficere volumus locos inter se pugnantes non esse. Sed & hoc ante omnia sententia huius loci exigit. Nisi enim statuerimus, utrum Africanus sentiat id quod interest actoris, de quo loquitur, ex mora rei præstandum esse, an vero non esse: neque hic locus intelligetur, & frustra ad quærendum de aliis locis similes sint, an contrarii, progrediemur. Prius igitur hoc agamus.

Nos autem sic statuamus, verissimum esse utrumque illud, quod supra de interpretatione huius loci posui: & fideiussorem in id quod interest actoris in proposito ex mora rei non teneri: & non aliam Africani sententiam esse, cum in eo, quod actoris interest præstando, ait non oportere augeri obligationem fideiussoris. †
13 Non teneri fideiussorem ex mora rei ultra sortem, ne in id quidem quod actoris interest Capuæ solvi, si hic locus non significaret: tamen ratione iuris certa efficitur. Non potest fideiussor in eam accessionem teneri, nisi aut ex dei cto suo, idest, mora sua, aut quia ex mora alterius in eam se obligarit. Nam ut sine facto & culpa sua alieno facto oneretur, neque naturalis neque civilis ratio permittit, ut paulo ante dixi. *L. solvendo, supr. de neg. gest. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt.* At de fideiussore agimus, qui moram non fecit: nam si fecisset, dicendum esset, hunc ex mora sua conveniri, non promissoris. Sed nec fideiussor in istam accessionem se fideiussione sua obligavit. Fideiussit enim simpliciter: nempe in id omne, quod reus debuit ex stipulatione. At illorum ipsorum confessione non debuit reus accessionem istam eius quod actoris propter locum interest, idque etiam diserte traditur in *L. ult. infr. eod.* Sic fit, ut in eam accessionem ex mora rei fideiussor teneri non possit. Sed & hoc ipsum sensit Africanus, nec aliud definitio eius exprimit. Animadvertendum est enim diligenter, cum non dicere non augeri fideiussoris obligationem, ut isti falso verba eius referunt; sed non oportere augeri: inter quæ tantum interest, quantum inter orationes contrarias. Qui enim dicit, præstatione eius quod interest, fideiussoris obligationem non augeri: is præstationem eius quod interest prius statuit, & hanc recte præcedere fatetur: sed de effectu eius respondet, ut dicat non ideo ea præstatione augeri fideiussoris obligationem. At qui dicit, non oportere hac præstatione augeri obligationem fideiussoris: is contra præstationem hanc præcedere debere negat, & hac ratione utitur: quia hac præstatione fideiussoris obligatio augeatur; non oporteat autem hanc ulla præstatione augeri. Et rogo, ut ad rem ipsam veniatur, qualis tandem hæc ratio videri potest, si dicat Africanus adversus fideiussorem, cum quo alibi agitur, æstimandum esse etiam ex mora rei id quod actoris interest: quia hac præstatione non ideo augetur eius obligatio, idest, quia hac præstatione non fit, ut hoc plus debeat, cum præstatio sit non ex obligatione, sed ex officio iudicis? Hanc vero rationem nisi stulti & imperiti hominis esse non posse intelligerent isti, si quid ipsi vel mediocris attentionis aut iudicii ad hanc rem adhibuissent. Quid enim, an ideo ex mora rei fideiussor hac præstatione onerandus est, quia hæc præstatio non fuit in obligatione eius, nec promissoris? Imo ideo hac onerandus non est, quia præstatio est, quia onus est, ac damnum rei familiaris, quod totum illi ex facto & mora alterius imponitur. Regula autem iuris est & naturæ, quæ efficit, non ut, ne unius facto alter obligetur; sed ne unius facto alter onerari, alterius conditio ullo modo deterior fieri debeat. *d. L. solvendo, supr. de neg. gest. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt. L. non debet alteri, infr. de reg. iur.* Negant tamen isti, cum fideiussor tenetur ex mora rei in id quod actoris interest, eius obligationem augeri. Sed hoc nihilo rectius de verbo, quam prius illud de re statuerunt, fideiussorem in proposito ex mora rei teneri posse in id quod actoris interest. † Quidquid ad 14
obligationem constitutam fideiussoris accedit, ut id qui obligatus est, ultra quam obligatus erat, præstare cogatur, recte dicitur ea re eius obligatio augeri. Non augetur, ut supra dixi, nova obligatione; at augetur nova præstatione: quod satis est ad hunc locum. Non enim hic quæritur, utrum augeatur obligatione, sed simpliciter an augeatur. Et tamen cur negent id dici posse, rationem reddunt. Quam ergo? videamus. Quia, inquiunt, istud quod interest, quod hic a fideiussore præstatur non est in obligatione fideiussoria, sed præstatur officio iudicis. Ridiculum: quasi non possit fideiussoria obligatio augeri, nisi ea re, quæ

fit

fit item obligatio fideiussoria, aut pars eius obligationis: aut quasi oporteat rem quæ auget, eandem esse, aut eiusdem generis cum ea, quæ augeatur, ac quæcunque alia accesserit, ea re hæc non augeatur. Quod longe secus est. Si de commodis quæritur: dicitur quis recte augeri facultatibus, augeri honoribus, cui facultates aut honores novi accesserint: neque tamen facultates aut honores sunt homo, aut pars hominis. Si de incommodis & aliqua præstatione: dicitur apud Terentium in Heaut. *herus auctus esse damno:* de eo, cui ex filia oata novæ præstationis occasio inciderat: ubi tamen damnum id
15 non fuit herus, aut pars heri. † Sic & hoc loco obligatio fideiussoris recte dicatur augeri damno & præstatione nova ex mora rei, cum ad obligationem hæc præstatio accedit, præsertim cum per occasionem obligationis fideiussoriæ accedat: tametsi damnum & ea præstatio non sit obligatio, aut pars eius obligationis. Denique augeri obligationem fideiussoris nihil aliud est, quam addi aliquid ad obligationem fideiussoris. Quis est autem, qui neget, præstationem aliquam, seu præstandi aliquid necessitatem ad fideiussoris obligationem addi posse, etiamsi præstatio hæc non sit obligatio, sed sit ea præstatio, de qua loquimur, idest, præstatio earum accessionum, quæ ex mora officio iudicis debentur? Quod si de verbis augendi obligationem obtinere non liceret: tamen superesset Accursii & Bartoli defensio, ut diceremus has præstationes, quibus accedentibus obligationem fideiussoris augeri volumus, si minus proprie: generaliter tamen & latius obligationis verbo contineri, atque hoc modo obligationis verbum usurpasse hic Africanum: quem apparet nihil aliud voluisse, quam ad obligationem fideiussoris nihil addi debere, ut quidquam ultra ex mora rei præstare cogatur. Quam defensionem non video, cur illi propter verbum obligationis tantopere repudient. Constare debet, ut dixi, in hac re de hoc iure: nempe neminem præterquam quod se obligarit, aut deliquerit, alieno facto conveniri aut teneri posse. Constat etiam, Africanum non dicere, fideiussoris obligationem non augeri præstando hoc quod actoris interest: sed eius obligationem hac præstatione augeri non oportere: quibus verbis non admittitur, sed reiicitur illa præstatio. Certum est præterea, nunquam Africanum hoc tam absurde fuisse dicturum, ut cum statuere vellet fideiussorem ex mora rei non teneri in id, quod actoris interest, hanc

rationem redderet, ut diceret eo fieri, quia ista præstatio non esset in obligatione, etsi officio iudicis necessario accederet. Quæ cum omnia manifeste arguant, Africanum hoc sentire, hanc accessionem a fideiussore ex mora rei præstandam non esse: cur si hanc sententiam retinere non possumus proprietate verbi obligationis: generalem, atque adeo abusivam significationem non sequemur, ut verba sententiæ serviant? Imo vero hoc præceptum Pauli ubique tenendum est, non oportere ius civile calumniari, neque verba captare; sed qua mente quidque diceretur, animadvertere convenire. *L. pen supr. ad exhib.* Et quod dicitur, a significatione verborum recedendum non esse: cum hac exceptione dicitur, nisi manifestum sit, aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, infr. de legat.* 3 Hic autem quid sensorit Africanus, plusquam manifestum est ex iis quæ de iure rei, & conceptione definitionis modo diximus. Quare & hoc omnino hic sequi oportet. † Nisi forte 16
isti contendent, neque proprie, neque improprie aut latius superiores præstationes verbo obligationis contineri. At nos doceamus contineri, nec plus illos vidisse in hac re, cum id negant, quam in cæteris partibus. Quidquid enim debetur, est in obligatione: nec quidquam in obligatione, nisi quod debeatur. *L. 1. §. pen. & ult infr. de pec. const.* At quæ accessiones officio iudicis præstantur, eæ deberi dicuntur: ut puta, usuræ in bonæ fidei contractibus dicuntur ex mora deberi in *L. mora, § in bonæ, infr. de usur.* quas tamen constat non deberi proprie ex obligatione, sed officio iudicis præstari. *d. L. quæro, locat. L. qui per, § ult infr. de act. em.* Sunt ergo & hæ in obligatione, si præstari debere cœperint. Et cur non sint in obligatione? Si non debentur obligatione civili; at certe debentur naturali: æquum est enim moram passo eas præstari: ac vinculo æquitatis obligatio naturalis nectitur. *L. Stichum, §. naturalis, infr. de sol.* Naturalis autem obligatio, vere obligatio est, & ea cui etiam fideiussor recte accedit. *L. 1. infr. de fid.* Atqui in hoc genere accessionum aliquid amplius est, quam in obligatione naturali. Non enim usuræ in bonæ fidei contractibus ita tantum debentur ex mora, ut si solutæ sint, repeti non possint, quod proprium est naturalis obligationis; *L. naturales, infr. de ob. & act.* sed etiam ita, ut possint exigi: non principaliter quidem, & propria aliqua actione; attamen per consequentiam prin-

17 cipalis obligationis & actionis. † Itaque quod de his accessionibus dicitur, non esse eas in obligatione, ut in *d. L. qui per, §. ult. de act. empt. d. L. quaero, infr. locat.* eo dicitur, quia non sint principaliter: ut plurimum autem ea esse & fieri dicere solemus, quae sunt & fiunt principaliter. *L. 1. infr. de auct. tut.* At sunt per consequentiam, eoque & re vera: quia ut Africanus hic loquitur, circa contractus executionem harum accessionum ratio iudicis arbitrio committitur: non ut possit earum rationem habere, sed ut debeat, & iure cogatur. Quae res suo modo eas in obligatione esse & deberi satis ostendit. Et ideo Paulus in *d. L. quaero, locat.* non dicit has accessiones in obligatione non esse, praestari autem officio iudicis, ut oratio concepta est in *d. L. si per, §. 1. de act. em.* sed ita scribit, eas non tam ex obligatione proficisci, quam officio iudicis applicari: his verbis significans suo quodam modo & ipsas ex obligatione principali proficisci; non ita tamen ex obligatione, quin magis ex officio iudicis. Quod & verum est. Nam & huic praestationi praecedens obligatio principalis caussam dedit: sine qua nulla esset accessio. Sed ut ex principali obligatione non proficiscantur hae accessiones: tamen hoc ipso, quod officio iudicis necessario praestandae sunt, ipsas per se deberi eoque & in obligatione esse recte dixeris. Quod & de his a iuris auctoribus dici modo ostendi. Non me movet istorum ratio. Obligatio, inquiunt, est iuris necessitas: quod autem committitur iudicis arbitrio, non subiicitur iuris necessitati. *L. quidquid, supr. de iud.* Quod ad obligationem attinet, si hoc verbo complectuntur omnem obligationem, tam naturalem, quam civilem: falsa definitio est. Obligatio enim naturalis nullam necessitatem habet ad cogendum eum, qui eo genere est obligatus. Sin intelligunt obligationem, ubi iuris necessitas ad petendum aut obtinendum quid adiuncta est: non adversatur definitio his accessionibus, quae ex mora debentur: quandoquidem & in his praestandis illa iuris necessitas versatur: unde dicuntur deberi, ut dixi. Et ne hoc verbo non quodvis debitum, sed non utile & efficax intelligamus: dicuntur hae de iure postulari. *L. initio, C. de pac. empt. & vend.* dicitur debitor in eas conveniri. *d. L. mora, §. in*

18 *bonae, infr. de usur.* † Quod autem dicunt, quod committitur iudicis arbitrio, non subiici iuris necessitati; ex his, quae de usuris modo dixi, aperte falsum esse deprehenditur. Sed ne longius abierimus: actio arbitraria haec, qua alio loco agitur, in arbitrium iudicis referri, & quod idem est, arbitrio iudicis committi dicitur *L. 3. supr. eod.* Quidquid tamen hic praestandum est, id necessario praestandum est, nec permittitur iudici, ut possit alterutri non tribuere. Itaque quidquid est, cuius ratio hic habetur, tale est, ut in eo tribuendo ubique Ulpianus non potestatis, sed necessitatis verbo utatur. Nam cum de eo quod alterutrius interest aestimando agitur, non dicit iudicem posse in hac re quantitatem contractus excedere, vel minuere; sed prout alterutrius interesit, & aequum erit, debere. *L. 2. §. ult. supr. eod.* Et cum agitur de reo absolvendo, quia aequum sit; non dicit iudicem qui ex hac actione cognoscit, interdum posse reum absolvere, sed semper debere. *L. 4. §. ult. supr. eod.* Sic & Africanus hoc loco, si alibi quam Capuae a fideiussore centum petantur, non dicit pecuniam peti posse similiter ut a promissore; sed peti debere, ut lis aestimetur, quanti alterutrius interfuerit. Perperam vero refertur contraria sententia, quasi tradita in *L. non quidquid, supr. de iud.* Non enim illic dicitur: quidquid iudicis potestati permittitur, id non subiici iuris necessitati; sed hoc modo: ***non quidquid iudicis potestati permittitur, id subiici iuris necessitati:*** quae orationes sunt repugnantes. Prior enim generalis est negativa, & eadem falsa: ut apparet in iis usuris, & eo quod interest, quae ex mora tum in bonae fidei iudiciis, tum in hac actione arbitraria deberi diximus. Posterior particularis est, affirmativa ex parte, & ob id vera: qua significatur, non omne subiici iuris necessitati, quod potestati iudicis permittitur, idest, ex iis quae potestati iudicis permittuntur, pleraque subiici iuris necessitati: non tamen omnia. Idque ita est: non enim subiiciuntur illa, quae tribuuntur his verbis, & similibus: Iudex ***aestimabit, quid sit partium suarum:*** Iudex ***poterit contra absentem sententiam ferre: adversus absentes sententia dari solet:*** L. saepe, *L. generaliter, supr. de offic. praes. L. 1. C. quom. & quand. iud.* caetera subiiciuntur.

Non male ergo Bartolus, non male caeteri obligationis & debiti verbo latius & per abusionem contineri dixerunt etiam eas accessiones quae iure praestandae sunt, etsi debentur ex mora, & officio iudicis sunt praestandae: ut si hoc, ***obligationem augeri,*** interpretandum est, ***nova obligatione augeri,*** efficiatur vere, obligationem

nem & rei & promissoris augeri hac præstatione, quia in ea & obligatio & debitum insit. Sed non utor hac defensione, de qua dubitari potest propter eos locos, quibus dicuntur huiusmodi accessiones non esse in obligatione, sed in officio iudicis. *d. L. quæro, locat. L. qui per*, §. 1. *de act. em. L. deducta, in pr. infr. ad Trebel.* Et quanquam prius satis ostendi, quo sensu id accipi debeat: tamen ex his verbis occasio cavillandi & contendendi arripi potest. Et vero frustra in ea defensione laboretur, quæ non est necessaria. Largior ergo, quod isti volunt de obligatione, & do, eum fideiussor in proposito id quod interest actoris præstabit, tamen nullo modo id deberi, aut in obligatione esse. Sed non eo minus verum est id, de quo quæritur, cum hæc præstatio accedet ad obligationem fideiussoriam invito fideiussore: non minus hoc modo augeri eius obligationem, quam si præstatio esset ex ipsa obligatione fideiussoria, seu pars eius: quia non sit necesse, ut res quæ auget, sit eadem, aut eiusdem generis cum ea, quæ augetur, ut supra planum feci. Ex his plusquam liquido apparet, certam esse hanc Africani sententiam, eamque per se verissimam: fideiussorem in arbitraria actione de qua agitur, ex mora rei in id quod actoris interest non teneri. Si teneretur: fore, ut hoc modo eius obligatio augeretur. In totum autem fideiussoris obligationem augeri, aut si apertius volumus: in totum fideiussorem ultra quam obligatus est, teneri aut onerari ex mora rei non posse. Quod cum ita sit, manet obiectio *L. quæro, loc.* in qua solvenda non frustra laboratur. Cumque illic tradatur, accessionem usurarum eam, quæ ex mora & officio iudicis debeatur, a fideiussore conductionis ex mora rei præstandam esse: idem hoc loco negetur de accessione eius, quod actoris propter locum interest: necesse est sententias contrarias videri, nisi doceatur aut in specie fideiussionis dissimili hæc responderi, aut accessiones diversas esse, de quibus ista dicuntur. De quo
19 tempus est, ut consideremus. † Ac de accessionibus sic habendum est: plane similes accessiones esse, de quibus a fideiussore præstandis utroque in loco agitur. Placet illic, usuras esse præstandas illatarum tardius pensionum: nempe accessionem, de qua nihil convenit, sed quæ debeatur tantum ex mora, & officio iudicis præstetur. Eiusdem generis plane res est, id quod interest actoris, quod propter locum a reo aut fideiussore petitur. Nam & hæc accessio est ultra sortem, quæ præstatur ex mora, & arbitrio iudicis committitur, ut hic Africanus loquitur. Quod si quid in his dissimile posset videri ad necessitatem præstationis: citius tamen diceremus id quod interest alio loco agenti præstandum, quam usuras: quia illud est quod abest: *L. si commissa, infr. rem rat. hab. L.* 2. § *ult. supr. eo.* usuræ non absunt. Quamobrem sicubi eas usuras ex mora rei a fideiussore debere præstari legimus: ibi multo magis præstandum id quod interest, cum alio loco agetur, dicendum est: ut, in bonæ fidei contractu si convenerit, ut pecunia Capuæ solveretur, & fideiussor eius contractus nomine sit acceptus, deinde post moram rei cum fideiussore alibi agatur actione bonæ fidei, iuxta *L. in bonæ, præcedentem.*

Restat, ut si contraria esse nolumus, quæ de his accessionibus præstandis tam varie his locis scripta sunt, diversi iuris ratio in eo sit, quod dissimili in specie fideiussionis aliud atque aliud ius exigente constituantur. Et ita res habet. † In *L.* 20
quæro, locat. ex mora rei præstat fideiussor usuras pensionum tardius solutarum, quia ita fideiussit, ut se in eas quoque obligaret, non tantum in sortem conductionis. In hoc responso non præstat ex mora rei id quod actoris interest, centum Capuæ solvi: quia verbis fideiussionis nihil de eo spopondit, quantumvis acceptus simpliciter. Si ius in caussa positum est, & id caussa distinguitur, ut bene Alfenus dicebat: *L. si ex plagis*, § *in clivo, supr. ad L. Aquil.* superioribus caussis positis, nihil respondetur rectius, quam & illic deberi a fideiussore accessionem usurarum ex mora rei debitarum; & hic accessionem eius quod interest, ex mora rei non deberi. Sic enim definiendum est: ut de his accessionibus fideiussoris promissio est, ita iure fieri, ut in eas teneatur, aut non teneatur. Si fideiubendo de his spondet: spondendo se obligat, & obligatus de utraque pariter tenetur: idest, non tantum si id faciat de usuris in bonæ fidei contractibus; sed etiam si de eo, quod actoris interest ex mora rei in actione arbitraria. Quod si verbis fideiussionis de his nihil est complexus, ut se in eas non obligavit fideiubendo: sic nec in eas tenebitur, etiamsi maxime de usuris agatur ex mora rei debitis in contractu bonæ fidei: qualis est ea conductio, quæ proponitur in *d. L. quæro*. Ita in hac præstatione fideiussoria, fideiussio ipsa & conventio fideiussoris totum facit: at-

que hæc una ut fortis summam, ita distinguit horum locorum præstationes. Hoc ita esse doceamus: ac primum de *L.*
21 *quæro*. † Paulus in *L. quæro, loc.* respondet, fideiussorem conductionis in specie a se proposita tardius illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras: sed hac de causa nominatim, quam bis inculcat, quod *in omnem caussam conductionis etiam fideiussor se obligasset*. Et mox, quod *in omnem caussam se applicuisset:* extra quam causam se idem dicturum non fuisse ostendit, dum initio id respondet conditionaliter, hoc modo: *si in omnem caussam conductionis fideius-*
22 *sor se obligavit*. † His verbis continetur omnis res, quæ ex eo contractu præstari debeat, sive principaliter sit in obligatione, sive per consequentiam ex mora rei officio iudicis accedat. Aut enim intelligit Paulus fideiussorem se obligasse nominatim in omnem causam conductionis, ut his verbis uteretur; aut simpliciter ita, ut diceret se spondere de tota conductione, ut sit is fideiussor, quem ipse initio vocat fideiussorem conductionis. Si omnem causam dixit fideiussor: id expressit, quod diximus. Verbo enim causæ omnis utilitas continetur, quæ ex re percipi potest, quæ eadem potestate actionis in iudicium venit. *L. præterea, supr. de rei vindic. L. pen. §. pen. supr. si usufr. pet.* Si spopondit simpliciter de tota conductione: tamen vi ipsa idem dixit. Complexus est enim id omne, quod eo contractu bonæ fidei dari fieri deberet. Denique Paulus superioribus verbis eum se fideiussorem intelligere in extremo declarat, qui de tota conductione ita fideiussit, quasi spopondisset, in quantum colonum condemnari ex bona fide oporteret: in tantum locatorem indemnem se præstaturum. In summa eum fideiussorem, qui se obligasset in omnem rem, quam ex eo contractu actorem consequi, reum præstare quocunque iure oporteret. In hoc autem numero sunt usuræ ex mora rei. Hæ namque in bonæ fidei contractibus ex mora debentur. *d. L. mora, §. in bonæ, supr. de usur.* Non dubium igitur, quin hoc dicat Paulus: ideo fideiussorem in illa specie pensionum propter moram coloni tardius illatarum usuras præstare debere, quia in omnem causam præstationemve conductionis, seu de tota conductione se obligans, his verbis non tantum se in sortem obligasset, sed etiam in usuras, quæ ex contractu, ex mora deberentur. Non ergo fideiussor in eas usuras tenetur, quia simpliciter in totam conductionem, non autem cum aliqua taxatione in certam summam fideiussit, quasi quidquam figura orationis ad rem pertineat; sed quia ita se obligando usuras est complexus: proinde in eas quoque se obligavit. Ita semper huc redit ratio: ut ideo fideiussor apud Paulum teneatur in usuras ex mora debitas, quia in eas se obligavit. Quod nisi verbis fideiussionis in eas se obligasset vel nominatim, vel verbis generalibus hanc ipsam præstationem continentibus, in eas nequaquam teneretur. Quod idem Paulus de eo respondit, qui in certam summam se obstrinxerat, quantumvis id fecisset in caussa conductionis, & quidem pro conductore vectigalis: tantum ideo, quod se ultra summam expressam non obligasset: ac proinde non in omnem præstationem conductionis, eoque nec in usuras. *L. fideiussores magistratuum. 68. §. 1. infr. de fideiuss.* Et merito. Ut enim qui omnino pro alio se non obligavit, eius nomine teneri non potest: *L. nec intentio, C. de trans. L. pen. C. ne ux. pro mar. L. 1. C. ne fil. pro pat.* sic nec qui se obligavit, ultra quam obligatus est. Quidquid enim ultra est, hactenus verum est, eum se non obligasse. Nec consequentia principalis obligationis efficiet, ut fideiussor conductionis teneatur in usuras conductionis, qui se in eas non obstrinxit, quamvis colonus eas ex mora debere cœperit. Debet enim reus, quia moram fecit. Huius factum & culpa ei nocere non potest, qui ipse nihil commisit, ut iam aliquoties diximus. *d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Itaque ne hic mihi quisquam dicat ex istis ridicule subtilibus, periculum non esse, ne cum fideiussor usuras ex mora rei præstabit, videatur obligari alieno nomine, quoniam usuræ illæ ex mora non sint in obligatione, nec debeantur, sed præstentur officio iudicis. Satis est ad onerandum fideiussorem, eique nocendum, si præstare aliquo iure cogitur. Porro non dicimus neminem alieno facto obligari non posse, sed non onerari: non posse denique factum alienum nocere ei, qui nihil fecerit. *d. L. de pupillo, §. si plurium, L. in caussæ, supr. de proc.* Quanquam ne hic quidem fideiussor debere potest eas usuras officio iudicis. Huic enim solum locus est in iudicio bonæ fidei: quo iudicio fideiussor non tenetur. Qua ratione nec ex mora sua fideiussor hic debere potest usuras. Etsi enim bonæ fidei contractui accedit, in quem veniunt usuræ ex mora: *d. L. mo-*

mora, §. *in bonæ*, *de usur.* ex contractu stricti iuris tenetur tamen; non bonæ fidei: tenetur enim ex stipulatione, qua se obstrinxit. *L. blanditus*, *C. de fid.* Hæc ut stricti iudicii est: *L. alias*, *supr. de in lit. iur.* sic usuras ex mora non admittit. *L. quia*, *supr. de neg. gest.*

Hæc eo spectant, ut certius statuatur, si in specie *L. quæro*, fideiussor conductionis teneatur in usuras, quæ propter moram rei officio iudicis debentur, non alia de caussa id fieri, quam quod verbis fideiussionis se in eas quoque, ac non tantum in sortem obligavit: alioqui obnoxius non futurus. Quod & verbis fideiussionis effici, & Paulum sentire ostendimus. Ex quo & certa ratio responsi, & quam nihil habeat ea sententia huic loco aut aliis
23 repugnans, lumitur. † Sed quoniam si in eas se obligavit, necesse est, ut sint in eius obligatione, & hic quidam obsistunt: ante de eo breviter dicendum videtur. Negant ergo illi Petri defensores, quos ante dixi, eas usuras esse in obligatione, quas fideiussor præstat in specie. *L. quæro:* & generaliter quas simpliciter acceptus præstat ex mora rei in bonæ fidei iudicio. Volunt enim hac præstatione ideo non augeri fideiussoris obligationem, quia hæ usuræ non sint in obligatione fideiussoria, & rationem reddunt: quia nec sint in obligatione principali, nec possit fideiussoris durior esse conditio. Quo iure ergo has usuras præstat? officio iudicis, inquiunt, sine obligatione. Nos vero adversus illa, quæ de obligatione fideiussoris hic dicunt, ita statuamus. Si fideiussor conductionis de quo agitur, in eas usuras, quæ propter moram rei debentur, se non obligavit, in eas neque ex mora rei, neque adeo ex sua teneri potest: ut paulo ante satis demonstratum est. Sed & eum verbis fideiussionis in eas se obligasse non minus intellectum est. Quod si se in eas obligavit fideiubendo, non possunt, quin sint in obligatione fideiussoris. Id enim est in obligatione cuiusque, in quod ille est obligatus. Nec potest quisquam dici obligatus, nisi propter obligationem, qua tenetur. Dicent, fideiussorem in hac caussa in eas usuras non obligari: quia etsi verbis de his spondere intelligitur, tamen in eas obligari non possit: quoniam iuris forma refragetur. Quod & sentire videntur: id enim efficit ratio, quæ ab illis subiicitur. Sed hoc responso, quocunque modo id probent, in idem incommodum revolvuntur. Nam si fideiussor iure ex ea sponsione non obligatur: perinde habenda est sponsio de usuris, quasi interposita non esset. *L. non dubium*, *C. de legib.* Quod si de his nihil spopondisset: si se, ut Paulus loquitur, in omnem caussam præstationemque conductionis non obligasset: iam effectum est, illum eas usuras debiturum non fuisse. Sed ne hic reformidemus rationem iuris. Quemadmodum fideiussor verbis se in eas usuras obligavit: ita iure fit, ut in eas obligetur, sintque in eius obligatione. Quid enim prohibet: cum spondeat de his usuris, quas prius reus præstare debeat? Prohibet, inquiunt, ratio principalis obligationis, & conditio obligationis fideiussoriæ. Nam hæ usuræ a reo principali non ita debentur ex mora, ut sint in obligatione, sed officio iudicis tantum præstentur. Ex quo absurdum videri volunt, ut sint in obligatione fideiussoria: quia ita fit conditio fideiussoris, ut in duriorem caussam non possit obligari. Sed errant longe, si putant nihil posse esse in obligatione fideiussoris, ut id iure civili debeatur ex stipulatione, nisi quod pariter & eodem iure a reo debeatur. Quod naturaliter quis debet, nec debetur iure civili, nec iure ab eo peti potest. *L. naturales*, *infr. de ob. & act.* Naturali tamen obligationi recte accedit fideiussor, non tantum ut eo nomine obligetur iure civili, sed etiam ut utilis sit adversus eum petitio. *L. 1. L. fideiussor*, *16. §. pen. infr. de fid.* At quanto plus est in præstatione earum usurarum, quæ in bonæ fidei contractibus ex mora debentur, quam in naturali obligatione? Naturaliter obligatus, nulla necessitate rei præstandæ tenetur. Usuræ autem superiores ita debentur a reo ex mora, ut & iure postulari possint, & reus in eas conveniri, & conventus bonæ fidei iudicio eas præstare cogatur. Tot enim de hac præstatione prodita legimus. *L. initio*, *C. de pact. int. em. & vend. L. mora*, *§. in bonæ*, *infr. de usur. d. L. quæro*, *locat* Quare si fideiussor naturali obligationi ita adhiberi potest, ut ultro conveniri possit, quod non est in obligatione principali: multo magis in usuras ex mora debitas acceptus ita tenebitur, ut sint usuræ in obligatione fideiussoria; & eas debeat iure civili, in quas & reus poterat conveniri. At fideiussoris conditio durior esse non potest. Non efficitur hic durior, cum reus in easdem usuras teneatur, & quidem ita, ut præstare necesse habeat. At tenetur alio modo, alioque iure: nempe officio iudicis. Hoc non facit in re deteriorem conditionem fideiussoris, cum re ipsa & reus idem præstare debeat. Spectamus autem, quid præstare de-

debeat reus, non quomodo, quove iure, ut accedens fideiussor obligetur: alioqui nec naturali obligationi recte accesserit. At etiam diserte de his usuris traditum est, eas non esse in obligatione, sed officio iudicis præstari. *d. L. quæro, loc. L. qui per, §. 1. infr. de act. em.* Sed hoc dictum esse de usuris quæ a reo ipso ex mora eius debentur, & quatenus ab eo petuntur, aut peti possunt, liquet ex *d. L. quæro*. Nec vero de aliis intelligi potest. Nam quæ petuntur a fideiussore, etsi non aliæ sunt, quam eæ, quas prius reus ex mora debuit: non tamen fideiussor eas præstare cogi potest officio iudicis: cum ut dixi, non conveniatur actione bonæ fidei, cui accessit; sed ex stipulatione, qua se obligavit. In actionem autem ex stipulatu nihil amplius venit, quam quod comprehensum est stipulatione, nec longius progreditur officium iudicis eius actionis: *d. L. quia, supr. de neg. gest.* nisi quod in hac actione, ut & in cæteris stricti iuris post litem contestatam caussa præstanda est. *L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* sed in hoc numero non sunt usuræ. *L. 1 C. de cond. ind.* Sit ergo hoc effectum, fideiussorem in *L. quæro*, obligantem se in omnem caussam conductionis, aut, quod idem est, in universam conductionem, his verbis obligasse se sua sponsione etiam in usuras, quæ ex mora rei officio iudicis debeantur. Nec impediri obligationem, quia reus principalis non item ex obligatione illa debeat: quoniam ad constituendam obligationem fideiussoris non sit necesse, ut reus, quod præstare debet, eodem iure debeat. Satis sit, si teneatur ita, ut præstare cogendus sit, etiamsi officio iudicis. Imo vero satis eum vel natura debere, etiam si nulla necessitas sit præstandi. Hinc fieri, ut quæ usuræ in hac specie officio iudicis a reo debeantur, incipiant a fideiussore iure stipulationis deberi, eoque & sint in fideiussoria obligatione. Quo constituto, fit utrumque illud, quod supra hinc sumi dixi, ut & ratio responsi illius sit exposita, & simul intelligatur, quam nihil ei sententiæ aut hoc responsum Africani, aut iuris ratio adversetur. Non mirum ergo, si illic fideiussor eas usuras ob moram debet præstare: quippe ea conditione se in eas obligavit. Obligatur fideiussione sua citra controversiam in sortem: obligetur & in usuras ex mora debitas, quas eodem modo fide sua esse iussit. Similiter & de hoc loco hinc iam expedita responsio est. Vult hic Africanus ex mora rei non teneri fideiussorem in id quod actoris interest, Capoæ solvi. Id caussæ est, quia in id se non obligavit, ut mox dicetur: at obligavit se apud Paulum in usuras, quas ex mora rei præstare debere dicitur. Definit hoc loco idem Africanus in universum, non oportere ex mora rei obligationem fideiussoris augeri. † Ne tunc quidem augetur 21
eius obligatio, cum usuras ex mora rei debitas præstat, in quas se obligavit. An quod hæ usuræ iure non sunt in fideiussoris obligatione? Sed & in obligatione fideiussoria esse ostendi: & si non essent, tamen satis docui, vere dici augere fideiussoris obligationem id omne, quod is per occasionem eius obligationis amplius præstare cogeretur. Cur ergo ea præstatione usurarum non augetur fideiussoris obligatio? Quia, inquam, in eas se itidem ut in sortem fideiubendo obligavit. Non dicitur augeri obligatio fideiussoris, ubi servatur obligatio eius, quæ initio fuit, nec quidquam ei adiicitur. At in specie *L. quæro*, obligatio fideiussoris a principio constituta est in omnem caussam & præstationem conductionis: eoque in sortem & usuras sortis ex mora rei eo iudicio debitas. Quæ res facit, ut dum ex conditione præstabit fideiussor eas usuras, nihil obligationi constitutæ adiiciatur, sed obligatio servetur. Quapropter præstatione earum usurarum obligatio fideiussoris in eas quoque initio constituta nequaquam augetur. At saltem adhuc obstare videbitur ratio iuris, quod dicamus fideiussorem ex mora rei teneri in usuras: cum ius vetet, facto alieno quemquam onerari, seu factum alienum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *d. L. in caussæ, supr. de proc. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt.* Imo & hoc superiore obligatione constituta facile diluitur. Qui obligavit se in usuras, quas reus ex mora debiturus est, si eas ex conditione præstabit, non debet dici ex mora rei eas præstare, sed sua obligatione: non alieno facto teneri, sed suo. Promisit quidem sub conditione, si reus moram faceret: ut non possit nisi reo moram faciente, ac propter eius moram in eas usuras obligari. Sed non si reus moram fecerit, ideo fideiussor usuras ex eius mora debebit; sed ex stipulatione & fideiussione sua, cuius conditio extitit. Similiter ut evenit in ea stipulatione, qua reus promisit per se non fieri, neque per heredes suos, quominus mihi ire agere liceat. In qua mortuo promissore si unus ex heredibus eius me prohibeat: placet cæteros eo facto teneri; non tamen ut ex facto coheredis

hæc

hæc obligatio nascatur, ne quis dicat alienum factum ei nocere, qui nihil fecerit; sed ex stipulatione hereditaria, quæ omnes heredes promissoris pro portione hereditaria obligat; atque huius conditio, uno ex heredibus contra quam cautum est faciente, exstitit. *L. inter*, §. *quod ex facto*, *supr. fam. erc.*

Dixi de usuris ex mora rei in bonæ fidei iudicio debitis, quas volumus a fideiussore quoque debere præstari, si fideiubendo se in eas obligarit: quod illum fecisse in specie, *L. quæro*, apparuit. Aio idem esse & de eo quod actoris propter locum interest in actione arbitraria, siquidem, & in id fideiussor se obligarit: ne forte cum has accessiones eodem modo ex mora rei & officio iudicis præstari constiterit, in his aliquid diversi iuris ad earum præstationem præter rem inducamus. Cur ergo hic negat Africanus, id quod interest, de quo quæritur, ex mora rei a fideiussore præstandum, cum fideiussor simpliciter & indefinite sit acceptus? quia verbis fideiussor is in fortem Capuæ debitam se obligavit: non obligavit in id quod extra eum locum actoris interest. Quod si ita est: omnia in utroque responso bene se habent, & utrumque cum altero, ac cum rationibus iuris & æquitatis optime congruit. De quo reliquum est, ut videamus. † Et fortasse quis dixerit, hanc
25 significationem, euque & dissimilitudinem fideiussionis utriusque loci non longius petendam, quam ex his verbis: quod in *L. quæro*, proponitur fideiussor se obligasse in omnem caussam conductionis; hic autem tantum dicitur fideiussor acceptus: ut intelligatur acceptus nomine eius stipulationis, seu in eam stipulationem, quæ præcessit. Interesse nimirum, utrum is obliget se nominatim in omnem caussam contractus præcedentis; an simpliciter in contractum præcedentem: ut si quidem omnem caussam contractus dixit, obligetur in omnem rem, quæ potestate eius contractus præstanda est. Sin tantum dixit stipulationem aut contractum præcedentem, nihil amplius debeat, quam quod proprie in obligatione est, & debetur ex eo contractu. In quo genere non sunt aut usura, aut id quod actoris interest, cum hæc ex mora rei præstantur officio iudicis. *L. ult. infr. eod. d. L. quæro*, *locat. L. qui per* §. 1. *infr. de act. em.* Idque videtur suadere primum verbum *caussæ*: quo verbo, ut ante dixi, omnis utilitas, quæ ex re percipi potest, continetur *d. L. præterea*, *supr. de rei vind. L. pen.* §. *pen. supr. si usufr. pet.* Absque eo autem hæc utilitas non item facile intelligitur. Deinde huius ipsius verbi inculcatio studiosa apud Paulum in *d. L. quæro*. Quod enim dicit, fideiussorem conductionis in specie illic propositа usuras pensionum ex mora rei præstare debere; nominatim id se respondere dicit hac conditione, si fideiussor in omnem caussam conductionis se obligavit: & ut ostendat se his ipsis verbis ad respondendum moveri: mox idem sine conditione respondens, & ratione confirmans, non novis verbis utitur, sed omnino iisdem, veluti [illegible]: ut dicat, *cum fideiussor in omnem caussam se applicuerit*. Quæ omnis diligens eiusdem verbi repetitio pro ratione posita, eo spectare videtur, ut significet Paulus, si fideiussor his verbis aut aliis idem significantibus, nominatim usus non fuerit in fideiubendo, se idem non fuisse dicturum; sed magis idem, quod Africanus hoc loco. Et prima fronte dicitur hoc valde probabiliter. Ac retinendum censerem ut expeditissimum ad horum locorum conciliationem, nisi alii loci nos docerent, iuris auctoribus, atque adeo huic ipsi Paulo nihil interesse ad omnem fideiussoris præstationem, utrum is se obliget in totum contractum præcedentem, an vero in omnem caussam contractus; sed utraque oratione vice mutua idem significari, & ad obligandum eum idem valere. Quod ex his non obscure intelligitur. Paulus in *L. quæro*, ait fideiussorem conductionis teneri in usuras pensionum per moram coloni non solutarum, si se obligaverit in omnem caussam conductionis: quod & de usuris empti scriptum est in *L. initio*, *C. de pact. int. em. & vend.* si fideiussor in omnem caussam empti se obstrinxerit. At idem Paulus alibi tantundem respondet de fideiussore conductionis, si fideiussor se obligarit in omnem conductionem. *L. fideiussores magistratuum*, 68. §. 1. *infr. de fid.* Tantundem Ulpianus de eodem fideiussore, si is fideiusserit pro conductore in universam conductionem. *L.* 2. §. *ult. de adminstr. rer. ad civit. pertin.* Proinde & si se obligasset in conductionem ipsam, idem responderent. Qui enim conductionem præcedentem dicit, totam dicit: quia hæc præcessit tota, non pro parte tantum. Ergo in conductionem omnem, seu in conductionem quæ præcessit, valet idem, quod in omnem caussam conductionis: & e converso. Ac ne quis in contractu bonæ fidei tantum id recte dici existimet, apertius etiam in contractu stricti iuris eodem auctore Paulo

to intelligitur. Nam qui fideiuſſor ſimpliciter ſtipulationis præcedentis nomine acceptus eſt, hunc ille interpretatur in totam cauſſam ſpopondiſſe: ut ſit ſenſus: ſpopondiſſe eum, quidquid reum ex ea cauſſa dare oporteret. *L. ſi ſervum*, §. *nunc videamus*, *infr. de verb. obl.* Idem Paulus fideiuſſorem qui pro mutuo ſe obligavit, dicit in omnem cauſſam acceptum, quæ ex ea numeratione naſci poſſet. *L. ſi quis pro eo*, *56.* §. *ſi nummos*, *infr. de fideiuſſ.*

Ex quibus palam fit, quod dixi, & eum fideiuſſorem qui ſimpliciter in contractum præcedentem ſe obligat, obligare ſe in omnem cauſſam contractus: & qui aperte in omnem cauſſam ſpondet, nihil amplius ſpondere, quam ſi ſe
26 in contractum ipſum obligaret. † Quid ergo relinquitur in forma fideiuſſionis huius loci, unde colligamus, fideiuſſorem non obligaſſe ſe in acceſſionem eius quod actoris propter locum intereſt, ſimiliter ut in ſpecie *L. quæro*, obligatur in acceſſionem uſurarum: ubi fateamur eum utrobique ſe obligaſſe in omnem cauſſam præcedentis contractus? Diſſimilitudinem facit non forma horum verborum, ut dicat fideiuſſor ſe ſpondere in omnem contractum, aut in omnem cauſſam contractus; ſed ſpecies contractus, cui fideiuſſor ſe applicat. Ut enim contractus præcedens pro natura & poteſtate eius iudicii ſuperiores acceſſiones ex mora rei admittit, aut non admittit: ita fideiuſſor in eum contractum ſe obligans, verbo ipſo contractus de iis acceſſionibus ſpondere, aut non ſpondere intelligitur. Intereſt igitur, utrum obliget ſe in contractum bonæ fidei, veluti conductionem, ut fit in *L. quæro*; an vero ſtricti iuris, veluti ſtipulationem, ut hoc loco. Qui ſe in contractum bonæ fidei obſtringit, ſive in omnem contractum dicat, ſive in omnem cauſſam contractus: etiam uſuras ex mora rei debebit: quia & hæc præſtatio contractu bonæ fidei continetur. Uſuræ enim in contractibus bonæ fidei ex mora debentur. *d. L. mora*, §. *in bonæ*, *infr. de uſur. L. initio*, *C. de pact. int. em. & ven. com.* Puto debitorum & id quod actoris intereſt propter locum, ſi forte & id in hunc contractum incidet. Ut, ſi proponas in locatione conveniſſe, ut penſiones Capuæ ſolverentur, & fideiuſſor totius eius conductionis acceptus ſit: putem fideiuſſorem non tantum teneri ex mora rei in uſuras penſionum; ſed etiam ex eadem mora in id quod actoris intereſt, Capuæ ſolvi, ſi cum reo alibi agetur, & ſimiliter nunc agatur cum fideiuſſore. Ageretur enim in eam rem etiam alibi actione bonæ fidei ex ipſo contractu, non actione arbitraria. *L. in bonæ*, *ſupr. eod.* continebitur igitur & hoc poſterius eo contractu, eaque actione. Eſt enim æquum id alibi agenti præſtari. *L. 2.* §. *ult.* iuncta *L. 4 in fin. ſupr. eod.* continentur autem bonæ fidei contractu omnia, quæ æquum & bonum eſt præſtari, non tantum iudicii poteſtate, ſed etiam natura: quia eſt ex bona fide. §. *in bonæ*, *Inſt. de act.* Nec Paulus in *d. L. quæro*, rationem reddere volens, cur fideiuſſor teneatur in uſuras conductionis aliam reddit, quam hanc: quod fideiuſſor in omnem cauſſam conductionis ſe obligans, perinde facere videatur ex natura contractus, quaſi promiſiſſet, in quantum reum ex bona fide condemnari oporteret. At qui pro ſtipulatione, centum Capuæ dari, interceſſit, etſi maxime in omnem cauſſam eius ſtipulationis etiam nominatim ſe obligarit: tamen non tenebitur ex mora rei in id quod actoris intereſt, eam pecuniam potius, quam alibi ſolvi: non alia id quidem ratione, quam quod ſe in eam acceſſionem non obligavit. Sed ideo non obligavit, quia obſtrinxit ſe tantum in ſtipulationem, & ea quæ ſunt ſtipulationis. Hæc autem acceſſio nullo iure continetur ſtipulatione, ut inde præſtanda ſit, aut ex obligatione, aut officio iudicis. Nullo denique iure debetur ex ſtipulatione, ſive ſtipulationem ipſam ſpectes, ſive actionem, quæ ex ea ſtipulatione naſcitur. Non ſane ex ſtipulatione: quippe qua centum promiſſa ſunt, nihil amplius: nec in ſtipulationem venit, niſi quod verbis comprehenſum eſt. *L. quidquid*, *infr. de ver. obl.* §. *ult. Inſt. de obl. ex conſ.* Non ex actione, quæ inde naſcitur: quoniam ex eo contractu actio non competit alio loco quam Capuæ. *L. 1. ſupr. eod.* At eo loco ſi agitur, ipſa ſola ſumma promiſſa petitur, nec amplius quid, ut eſt in *L. 4 in pr. eod.* At enim, dices: alibi quoque agi poſſe placuit, & ita quidem, ut ſi agatur, placeat etiam ex mora rei rationem haberi, quanti interfuerit actoris Capuæ potius, quam alibi ſolvi. *L. 2.* §. *ult. ſupr.* Sed hoc neque ex ſtipulatione eſt, neque ſtipulationis natura aut æquitate accidit; ſed præter aut etiam contra ſtipulationem, actione utili arbitraria propter utilitatem alio loco comparata. *d. L. 1. ſupr. eod.* Ita fit, ut nunquam ſit hæc præſtatio ex ſtipulatione: eoque nec de ea quidquam ſpondeat fideiuſſor, qui ſe in ſtipulationem tantum

obli-

obligavit. De usuris ex mora rei a fideiussore non præstandis, nihil necesse est hic dici, quia nec a promissore ex mora debentur: cum sit hæc tantum bonæ fidei iudiciorum propria præstatio. *d. L. mora*, §. *in bonæ*, *de usur. L. quia*, *supr. de neg. gest. L.* 3. *C. de usur. L.* 1. *C. de cond. ind.* ideo de ea accessione hic non quæritur. De altera, eius quod actoris interest, potest dubitari: cum id in actione arbitraria debeatur officio iudicis. Quamobrem & de ea accessione hic ambigitur. Sed non minus & hanc a fideiussore ex mora rei præstandam negamus, quia nec ex stipulatione veniat.

27 Summa † omnis huc redit, quam ad sententiam & rationem huius loci, nec non ad conciliationem *L. quæro*, notari volumus: Quod fideiussor stipulationis, centum Capuæ dari, alibi conventus, ex mora rei non tenetur in id quod ultra sortem actoria interest, Capuæ potius quam alibi solvi: eo fieri, quod fideiussor verbis fideiussionis in eam summam se non obligavit. Cur autem intelligatur se non obligasse potius, quam in specie *L. quæro:* in caussa esse contractum principalem, in quem hic fideiussit: stipulationem videlicet, cuius natura & potestate hæc præstatio non continetur: nec de obligatione fideiussoris quidquam statui potest, nisi ex verbis & forma fideiussionis. Contraria de caussa in specie *L. quæro*, usuras a fideiussore ex mora rei præstari: quia ibi se in conductionem obligasset, in quam hæc præstatio veniret potestate & natura iudicii. Quod si in proposito fideiussor in illud quod actoris interest, aperte se obligasset, ut sponderet & centum Capuæ, & quod reum alio loco conventum arbitraria actione dare oporteret: nemo iuste dubitaverit, quin is in eam accessionem ex mora rei teneretur. † Illud dubitari potest, an 28 tunc id quod interest deberetur a fideiussore, essetque in eius obligatione: quod isti negant. Sed cum dicamus fideiussorem hoc casu teneri in eam summam, quia fideiubendo in eam se obligarit: absurde negemus esse in obligatione eius, in quod obligatum eum esse fateamur. Nisi forte iuxta istorum rationem dicamus, fideiussorem huius stipulationis spondere posse verbis de accessione eius quod interest, at iure non obligari: quia nec ea sit in obligatione principali: non possit autem fideiussoris durior esse conditio. Sed & iam satis de eo supra respondisse videor, cum agerem de usuris, quas dicebamus in specie *L. quæro*, ideo ex mora rei a fideiussore præstari, quia se in eas obligasset, ac iure obligasset: & cum huiusmodi fideiussionem esse statuam, in specie *L. ult. infr. eod.* ibi de hac parte commodius dicetur. Quæ de effectu partis sortis solutæ in extremo hic dicuntur, ea ad explicandum in eandem *L. ult.* reiecimus, ubi ex professo de hac specie respondetur.

Ad L. Is qui certo. 10.

Ulpianus lib. 42. ad Sabinum.

Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.

S U M M A R I A.

1. & 6. *Certo loco quod debetur, alio loco solvi non potest invito creditore, quamvis reus offerre se dicat, quod creditoris interest: & quemodo id accipiendum.* num. 6.
2. *Loco alio peti potest ab actore: alio loco solvi non potest a reo, cur?*
3. *Alio loco solvi non potest: alio die cur potest?*
4. L. continuus, §. cum ita, de ver. ob. *conciliata cum hoc loco.*
5. *Alio loco solvi posse ex iusta caussa, & quæ hic iustæ caussæ.*

QUod certo loco promissum est, id potest creditor alio loco petere. *L.* 1. & *tot. tit. supr.* Mirum ergo videri potest, si non & promissori liceat solvere alio loco, ut quod actori conceditur ad petendum, id permittatur & ad solvendum reo. Quod & regula iuris efficì videtur, quæ dictat, non debere actori licere, quod reo non permittitur. *L. non debet actori, infr. de reg. iur.* † Adver- 1 sus hanc dubitationem definitio hic diserte scripta est, promissorem non posse ullo alio loco solvere invito stipulatore. Neque quidquam adiicitur de promissore, an

an is præter sortem non offerat creditori
id quod illius interest, loco constituto pe-
cuniam solvi. Unde intelligitur sive id non
offerat, sive offerat, idem iuris esse. Arg.
in *L. 9. §. animadvertendum, supr. quod
met. cau. L. item veniunt, §. a quo,
supr. de pet. her. L. de pretio, supr. de
publician.* Confirmaturque hæc sententia
L. obsignatione, C. de solut. Ubi scribi-
tur, quamvis totius pecuniæ debitæ obsi-
gnatione liberationem non contingere,
nisi & suo loco obsignetur. Confirmatur
item ratione iuris certa. Nam cum locus
solutioni initio dictus est, stipulatio cer-
tam conditionem accepit, ut pro commo-
do utriusque ex contrahentibus eo loco
solveretur. Hanc conditionem ut stipula-
tor invito reo mutare non potest: *L. ve-
ro. 12. vers. pen. infr. de solut.* sic nec
reus invito stipulatore. *L. habere, in fi.
infr. de evict.* Denique ius alteri semel
quæsitum, invito auferri non potest. *L.
ult. supr. de pact. L. 2. supr. de iis qui
sunt sui, vel alie. iur.* Nec ad rem per-
tinet, si quis dicat, pecunia alio loco ob-
lata, nullam fieri iniuriam creditori, si ei
præter sortem offertur omne, quod eius
interest. Semper enim in promptu parata
ei defensio futura est, dum dicet pluris
sua interesse propter loci constituti op-
portunitatem & commoditatem. Sed de
eo in exceptione paulo post plura. Nunc
ipsi definitioni quædam obstant, quæ ante
2 diluenda sunt. † Ac primum quid dici-
mus ad illam æquitatem iuris, quam ini-
tio commemoravi, qua placet, quod acto-
ri licet, id multo magis reo permitten-
dum: cum favorabiliores sint rei, quam
actores? *d. L. non debet actori, L. fa-
vorabiliores, infr. de reg. iur.* Nempe
tandiu reus favorabilior habendus est, ut
ei tribuatur, quod permittitur actori;
quandiu in reo aut maior, aut par ratio
idem suadet. Ubi autem certa aliqua de
caussa quid tribuitur actori: semper pro-
bandum est, deficiente ea caussa in reo,
nec in reo id ius locum habere posse.
*L. in omnibus caussis id observatur, infr.
de reg. iur. L. quod dictum, supr. de
pact.* Id autem in hac re accidit. ideo
enim creditori licet alio loco petere, quia
nisi liceret, ius suum amitteret. *L. 1. sup.
eod.* Hoc periculum in reo alibi solvere
parato metuere non possumus. Ut enim
maxime hoc illi non permittatur: non id-
eo pecunia ibi recusata quidquam amit-
tet, sed potius pecuniam suam hoc modo
apud se retinebit. Non ergo ei tribuen-
dum est, ut in necem creditoris alibi sol-
vat, ubi ad ius illius tuendum non est ne-
cesse. Opponitur præterea loco adiecto
exemplum diei adiecti. Nam quod certa
die promissum est, licet solvere & ante
diem, & quidem statim. *L. quod certa,
infr. de solut.* quod & invito stipulatore
fieri posse dilucide probavimus ad *L. eum
qui Calendis, §. ult. infr. de verb. obl.*
Quid ni igitur, quod certo loco promis-
sum est, liceat alio loco etiam invito sti-
pulatore solvere? † Sed alia caussa est 3
diei, alia loci constituti. Dies solutioni so-
lius debitoris caussa adiicitur, nisi quid
aperte constet adiici creditoris caussa. *d.
L. eum qui Calendis, §. ult. de ver. obl.*
Proinde licet debitori & huic iuri pro se
introducto renuntiare. *L. pen. C. de pact.*
Locus solvendi adiicitur utriusque caussa
tam stipulatoris, quam promissoris, propter
eas utilitates, quæ singulis locis ab utro-
que percipi possunt, de quibus supra in
L. 2. §. ult. & L. 3. Quapropter nec
sic promissor huic commoditati renuntia-
re poterit, ut de alienis commoditatibus
statuat. Adde commodum & incommo-
dum utriusque solutionis. Debitor cum
ante diem solvit, tantum abest, ut credi-
tori detrahat, ut etiam illi adiiciat. Nam
præter sortem præstat creditori etiam in-
terusurium medii temporis. Unde & plus
solvere videtur. *§. plus autem, Inst. de
act.* Contra alio loco solvendo aufert cre-
ditori loci constituti utilitatem. Meliorem
alterius conditionem facere licet: deterio-
rem non licet. *L. solvendo, supr. de neg.
gest.* † Postremo remota omni obliqua ob- 4
iectione sumpta ex comparatione vel cre-
ditoris, vel diei adiecti, recta videtur con-
trarium huic loco dici in *L. continuus, §.
cum ita, infr. de ver. ob.* ubi diserte scri-
ptum est, promissorem, qui Ephesi se da-
turum promiserat, posse ubique solvere,
non tantum Ephesi. Verbum *posse* ad
facultatem promissoris refertur, & signi-
ficat posse eum etiam invito stipulatore:
ut, cum dicitur, quod certa die promis-
sum est, vel statim dari posse. *L. quod
certa, infr. de solut.* Quod & verum est;
nisi manifestum sit, aliud sensisse scripto-
rem. At licet animadvertere Venuleium
in *d. §. cum ita*, superius illud dicere
de eo promissore, qui stipulatori alio loco
accipere parato soluturus esset. Quinimo
proponit eum stipulatorem, qui alio loco
pecuniam condicebat. Huic quidem si
alio loco solvitur, perspicuum est non nisi
volenti atque adeo ultro petenti solvi.
Sane vero volenti alio quovis loco recte
solvitur: invito solvi non potest: ac de
invito huius loci definitio est. Quod di-
citur in *L. 3. §. Scævola, vers. & ge-*
nera-

neraliter, *supr. eod.* reum qui promisit Ephesi aut Capuæ se daturum, ante petitionem habere electionem, ubi solvat: de electione duorum illorum locorum constitutorum scriptum est: ut sit sensus, esse in potestate debitoris, utro ex his locis solvat. Quod ne in speciem quidem huic loco adversatur. Qui enim ex duobus constitutis locis unum eligit, semper verum est, hunc solvere eo loco, quo promisit. Hic de eo agitur, qui alio loco
5 solvit, quam in quo promisit. † Sciendum tamen est, quod simpliciter hic definitur, temperari exceptione in *L. usuras* §. *C. de solut.* nisi iusta caussa sit, cur alio loco solvi permittatur. Quod ut intelligatur, hæc illic communis definitio est: *Ratio exempli non sinit permittere*, (sic enim legendum, ut eam lectionem & Accursius agnoscit: nam promittere ut vulgo legitur, ratio sententiæ repudiat) non sinit, inquam, permittere, idest, ut permittamus, *usuras quæ quotannis in urbe numerandæ sunt*, *alio loco deferri*, aut, ut in aliis exemplaribus legitur, *dependi*. Hoc de usuris certo loco promissis ita dicitur, ut sub una specie ad omnes res eodem modo promissas pertineat. Hactenus ergo communis cum hoc loco definitio, ut dixi. Sed additur illic exceptio, ut non sit permittendum alio loco pecuniam solvi, *nisi ex iusta caussa*. Quod & huc transferendum est. Est enim hæc exceptio, quam si nusquam alibi diserte exstaret, tamen ultro intelligi oporteret: quam eandem in omni iure, quod verbis præcise constitutum est, passim a veteribus adhibitam observare possumus, ut *L. quamvis*, *supr. de in ius voc. L.* 4. §. 1. *infr. de re iud. L.* 4. §. *pen. supr. de in lit. iur. L. si longius*, §. 1. *supr. de iud. L. pen. supr. de in int. rest.* & recte. Est enim æquum quid concedi, si est ex iusta caussa: semper autem in iure æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem*, *infr. de reg. iur.* Genere autem duplex iusta caussa esse potest, cur solutio alibi admittatur: vel quia loco constituto solvi non possit; vel quia nihil interfit, crediteris eo loco solvi. Accidere multis modis potest, ut non possit solvi eo loco, quo promissum est. Quid enim, si locus esse desierit, aut vastatus bello, & eversus, ut olim Carthago, & Corinthus; aut absorptus chasmate, ut Laodicea, Hierapolis; aut a mari occupatus, ut pleraque loca patrum memoria in inferiore Germania? His locis, quæ non sunt, ne si velimus quidem, solvi quidquam potest per rerum naturam. Quid, si locus occupatus sit ab hostibus, ut iam neque eo veniri possit, neque quidquam adferri ad solutionem, quod nostrum sit? Quid, si itinera ab hostibus interclusa, ut eo commeari non possit? Non debet fraudi esse reo, si non veniat in eum locum, a quo vi maiore prohibeatur. Et vero impossibilium nulla obligatio est. *L. impossibilium*, *infr. de reg. iur.* Sed etsi creditoris nihil intersit loco constituto solvi, audiendus est debitor, si alibi creditori sine incommodo eius offerat. Nec uno modo potest accidere, ut loco constituto creditoris nihil intersit. Finge quem stipulatum esse Ephesi sibi centum dari: quod negotiator esset, solitus ibi merces comparare, quique eo retulerat solutionem, ut ad merces comparandas paratam pecuniam ibi haberet; creditore autem mortuo, bona rediisse ad eos heredes, qui mercaturam non exercerent, neque per se, neque per alium: puta nobiles, aut eos qui in toga Rempub administrent. Finge creditorem non negotiatorem Ephesi dari stipulatum, quia illic pecuniam debuit, quam pecunia promissa dissolvere cuperet; post autem constare illic debere desiisse. Non debent postulare aut illic heredes aut hic creditor pecuniam Ephesi sibi solvi, ubi id fieri eorum nihil intersit. Malitiosa enim hæc postulatio est, ex qua nihil laturi sint, nisi ut molestiam exhibeant, & officiant reo. Malitiis non est indulgendum. *L. in fundo*, *supr. de rei vind. L. si cui*, *supr. de servit.* Tum autem ne per stipulationem quidem id petere conceditur: siquidem inventæ sunt stipulationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. de verb. obl.*

Proinde † idem dicemus, etsi intersit 6
creditoris loco constituto solvi, aut certe dubitari possit, an intersit; debitor autem id quod interest, una cum sorte alibi offerat: dummodo certam pecuniæ summam exprimat creditor, ad quam usque sua interesse dicat, ut & de ea constet inter contrahentes. Sic enim fit, ut dum id offert debitor, actoris interesse definat vel ipsius confessione; ut iam nihil habeat, quod queratur. Sed & hoc modo debitor vere totum offert, quod debet. Obsignatione totius pecuniæ debitæ liberatio contingit. *L. obsignatione*, *C. de solut.* Solum hoc videndum est, ut si alibi pecunia offeratur, offeratur idoneo loco. *L. mora*, *in pr. infr. de usur.* Is erit idoneus, ubi creditor accipere possit sine incommodo: puta ubi domicilium habeat, aut ubi pecunia indigeat ad creditoribus dissol-

dissolvendum, & aliam ibi non habeat. Alioqui creditor iuste solutionem recusaverit, nec recusando moram faciet. *L. qui decem, infr. de solut.*

Ad L. ult. Si post moram.

Paulus lib. 4. Quæst.

Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, quum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta, velut si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset. Nisi si quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri: ut supersit petitio eius, quod excedit sortem, & accedat pœna pro eadem quantitate. Quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

S U M M A R I A.

1. *Sententia summa huius L.*.
2. *Species facti, quæstio, responsum, pluribus demonstrata.*
3. *His verbis*, videamus, ne, *affirmationem non dubitationem significari.*
4. *Fideiussore arbitrariæ actionis nomine accepto, pœna, seu id quod actoris propter locum interest, ab eo debetur in proposito, estque in eius non solum præstatione, sed etiam obligatione.*
5. *Forma fideiussionis alia, cum fideiussor accipitur stipulationis præcedentis nomine, ut* L. centum; *& cum accipitur nomine arbitrariæ actionis, ut hic in* L. ult.
6. *Accessio eius quod propter locum interest, est in obligatione fideiussoris, si se arbitrariæ actionis nomine obligavit, tametsi non fuerit accessio in obligatione rei.*
7. *Idem est, & si fideiussor acceptus sit, cum ea accessio a reo nondum deberetur.*
8. *Pœna cum dicitur hoc loco non deberi nec esse in obligatione, intelligendum non deberi a reo, nec esse in obligatione rei.*
9. *Pœna quæ dicatur accedere sententia iudicis.*
10. *Arbitrium iudicis de eo quod interest cessare sorte soluta, quid sit.*
11. *Sorte creditori soluta, nullam superesse actionem nec de eo quod actoris propter locum interest: aliter; si sors soluta sit Adiecto.*
12. *Obiectio hic posita explicatur.*
13. *Pœna hic vocatur id, quod actoris propter locum interest, & cur.*
14. *Remissio pœnæ non continuo est, etsi creditor sortem acceperit.*
15. *Pœnæ in proposito remissa & iure & voluntate creditoris, hoc ipso quod sortem creditor accepit: & quare.*
16. *Pecuniam simpliciter qui solvit, in sortem tantum solvere intelligitur, non etiam in pœnam aut accessionem, quæ officio iudicis tantum debebatur.*
17. *Pœnæ petitio superest, etiam sorte soluta, si creditor sortem accepit hac lege & testatione, ut sibi salvum esset quod sua interest.*

1 IN extremo *L. centum, supr.* dixerat Africanus, sorte quæ Capuæ debebatur, post moram factam soluta, non solum eius sortis, sed etiam eius quod actoris interest, quod arbitraria actione accedere poterat, petitionem tolli pro portione sortis solutæ: quia præstatio posterioris pecuniæ ea esset, quæ sortis petitioni accederet, committereturque officio iudicis eius actionis. Eandem sententiam Paulus hoc responso statuit: in eaque re una totum versatur. Ac ne videatur otiosum, duo hic adduntur, quæ illic omissa sunt. Nam & Paulus in ea specie, de qua maior dubitatio esse poterat, idem statuit: & ne dubitetur ita esse, additis propriis rationibus, tum obiectione quæ contra facere videbatur, remota, eam sententiam confirmat. Docet igitur, adeo verum esse, sorte soluta, tolli petitionem eius pecuniæ quæ ex sententia iudicis in arbitraria actione accedere potest, idest, eius quod actoris interest, Capuæ solutum esse: ut etiam tunc verum sit, etsi post moram iam a reo factam fideiussor datus sit arbitrariæ actionis nomine, idque tum cum & creditor ea actione experiri vellet. Quam ut summam hic quæstionem, & sententiam Paulo propositam esse statuamus: observetur ad eam probandam cætera referri. Principio enim rationem ponit, ex qua id necessario sequitur. *Ea pecu-*

pecunia, inquit, *quæ ex sententia iudicis accedere potest, nec debetur, nec est in obligatione*. Nempe hinc consequens est, nec eam pecuniam peti posse, nisi principali actione, quæ est de sorte, proinde actione principali sublata (quod forte soluta contingit) nullam omnino de ea pecunia petitionem superesse. Deinde id, quod contra dici poterat, diluit, negans verum esse, & cur neget, rationem reddens. Omnia ergo, ut dixi, ad unam illam sententiam, quam proposui, referuntur: ut appareat & de ea re una hic quæstionem fuisse.

2 † Species facti, quando ex ea omnis hic quæstio nascitur diligenter spectanda est. Ea breviter initio hic ponitur: commode quidem, & quod ad intelligendum sit satis: obscurius tamen fortassis, quia brevius. Quæ sic explicanda est: Qui centum Capuæ promiserat, translacto tempore, quo perveniri poterat Capuam, moram fecerat, quominus Capuæ solveretur: dum aut Capuæ quæsitus a creditore inventus non est; aut inventus & interpellatus non solvit, iuxta *L. sed etsi, in fi. L. mora, in pr. infr. de usur.* Conveniebatur alibi a creditore ut iuris est, arbitraria actione: cuius potestas hæc est, ut præter centum Capuæ promissa æstimari deberet, quanti interfuisset actoris, Capuæ potius solvi, (puta interfuisse ad viginti) & reus in tantam summam condemnari. *L. 2. in pr. & §. ult. supr. L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc.* Id metuens reus egit cum creditore, ut vellet alicuius temporis moram non moleste ferre: fore pollicens, ut aliquanto post ei solveret: & ut ita futurum sibi certius promitteret, fideiussorem obtulit. Accepit conditionem creditor, ac fideiussor ei datus est. In quo fideiussionis forma observetur. Datus est enim non stipulationis centum Capuæ dari, nomine: non eius quod ex ea stipulatione deberetur; sed nomine actionis arbitrariæ eius, qua creditor experiri volebat. Quibus verbis hoc exprimitur, fideiussorem datum esse, qui fide sua esse inberet, quantum reum ea actione arbitrio iudicis præstare oporteret: in quo & id quod actoris propter locum interest, contineri traditur in *L. centum, supr.* Hactenus facti species hic exposita. Quæstio omissa est: sed quæ ex responso subiecto non difficile intelligitur. Ut sunt igitur ea, quæ de sententia huius loci supra indicavi: quæsitum est, cum post hanc fideiussionem centum creditori soluta essent, atque his ultro acceptis vellet creditor amplius & quod sua interest, consequi, deque eo agere, an posset. Respondet Paulus, eam pecuniam, de qua quæritur, non deberi, nec esse in obligatione: quæ licet præstanda, tamen ex sententia tantum iudicis pro arbitrio ipsi commisso accedit. Hinc consequens esse, ut *forte soluta, cesset* & de ea accessione *arbitrium iudicis*, idest, amplius ea accessio peti non possit: usque adeo, *ut nunc quoque* id probandum sit, *nunc quoque*, idest, etiam in specie proposita: in qua tamen iustissime dubitari potuit; cum de ea pecunia iam ante debita fideiussor sub appellatione actionis arbitrariæ datus esset: ut videri debeat omnimodo & de ea accessione creditori consulum esse debere. Sed nihilominus recte dicitur, etiam nunc id esse probandum. Semper enim verum erit, actione principali sublata, quod fit fortis solutione, etiam arbitrium iudicis cessare in ea actione, quæ nulla est. Diceret aliquis potius probandum esse in proposito, ut centum solutis, videri debeat solutum partim ex sorte, partim ex pœna, idest, ex eo quod interest, pro portione fortis solutæ. Quod si verum est: supererit adhuc reliquæ fortis petitio una cum accessione eius quod interest, ei parti congruente. Ita semper creditor utrumque consequi poterit, tam fortem, quam pœnam, quamvis prius tantum solutum fuerit, quantum sors efficit. Paulus fatetur recte colligi; sed negat verum esse: quia nec illud admittendum sit, quod proponitur, ut quod solutum est, videatur solutum partim in fortem, partim in pœnam; sed totum sit in fortem imputandum: tanto magis, inquit, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur. Hæc responsi quæstio, & sententia summa esse mihi videtur. Sed quæ non prius intelligi, aut certo statui potest, quam constiterit de singulis partibus, quam unaquæque & in verbis sententiam, & in re rationem ac scopum habeat: de quo minime convenit. Et si verum fatendum est, est in singulis, quod non solum attentum, sed etiam in iure admodum exercitatum lectorem atque interpretem remoretur. Quid dico autem remoretur? imo vero ita tenuit, ut nulli magis quam interpretes ipsi eam difficultatem suis sententiis comprobarint: quod Bartolus recte sentiens, de difficultate responsi ingenue initio est professus. Quare recte faciemus, si singulas partes separatim & suo ordine exsequemur.

AIT, VIDEAMUS, NE EA PECUNIA, QUÆ EX SENTENTIA IUDICIS ACCEDE- RE

RE POTEST, NON DEBEATUR, NEC SIT
3 IN OBLIGATIONE. † Primum hoc iam neminem puto nostra ætate dubitare, quin his verbis, *videamus ne*, res non ponatur in quæstione, sed affirmetur: ut sit sententia, eam pecuniam non deberi, nec esse in obligatione. In quo fefellit superiorum ætatum interpretes consuetudinis Latine loquentium, & præsertim Iurisconsultorum ignorantia. Existimaverunt enim huiusmodi orationes, quia consultantium speciem habere viderentur, esse ad quæstionem proponendam comparatas, non autem affirmativas. Eiusmodi autem inprimis esse hanc, quam hic legimus. Ex quo illis non minima pars difficultatis huius responsi, quærentibus ubi tandem Paulus respondeat de hac quæstione. Distrahiturque res ridicule in varias sententias, dum alii responsionem notant in verbis proxime sequentibus, repugnante verborum & orationis significatione; alii non minus inepte in extremo; alii nusquam in verbis responsionem hanc animadvertentes, quæstionem poni, sed indecisam relinqui dicere maluerunt: quod in sano scriptore non est ferendum. Sed res dubitationem habere desiit Latine scientibus, ac præsertim nostra ætate post ea, quæ de hoc genere annotata sunt a Fran. Duareno *Lib. 2. Disput. Cap. 11.* qui ex usu perpetuo cum nostrorum tum omnium probatorum auctorum recte observavit, his orationibus, *Videamus, ne non ita sit: Videamus ne non sit satis: Videndum, ne sit iniquum*, & similibus, veteres non quæstionem ponere, sed de re controversa respondere solitos: dum significare volunt, non se certam & exploratam sententiam afferre, quam intrepide aliis omnibus opponant, quod est temeritatis & arrogantiæ; sed dicere, quod sibi videatur; de quo tamen libenter alios moneant, ut considerent, quo & ipsi pariter verum esse cognoscant: quod est verecundiæ. Respondet ergo his verbis Paulus: perindeque est, ac si ita dixisset: puto eam pecuniam, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non deberi, nec esse in obligatione. Eam pecuniam intelligit, id quod actoris interest, Capuæ centum promissa solvi. Hæc enim pecunia sententia iudicis accedit: nempe ad sortem, dum in eam pecuniam supra sortem reus condemnatur sententia iudicis, qui de arbitraria actione cognoscit. *L. 2. in pr. supr. eod.* Sed de verborum usu & significatione, ut dixi, minus iam dubitatur. De sententia ipsa, quam his verbis subesse velimus, ut fuit, sic & nunc est magna & iusta dubitatio. Ambigitur enim, utrum his verbis significari velimus, eam pecuniam de qua quæritur, non esse in obligatione etiam fideiussoris; an vero velimus in proposito esse in obligatione fideiussoris, ut sic oratio superior ad fideiussorem non pertineat. Ac quidquid hic dixerimus, haud temere effugiet reprehensionem. Quid enim? dicemus eam accessionem non esse in obligatione fideiussoris? Verbis quidem Pauli & speciei de fideiussore propositæ contentaneum facere videbimur: sed sententia ut verbis fideiussionis, sic iuri & rationi manifestæ adversatur, ut postea probabitur. Rursum veri retinendi caussa dicemus eam pecuniam esse in obligatione fideiussoris? Iam verbis & menti Pauli aperte refragari dicemus: cuius verba generalia sunt, utriusque obligationem admittentia tam fideiussoris, quam rei principalis: & si quæstionem propositam spectamus, præcipue de fideiussore accipi debere videntur, cum de eo species proposita sit. Atque propter momenta rationum in diversas partes distrahentia utraque pars suos defensores habuit. Ac de eo tres sunt hæ sententiæ. Sunt enim, qui velint eam pecuniam in obligatione fideiussoris non esse: sed hi non unius generis. Bartolus namque Ioannis sententiam secutus hoc sic accepit: ut intelligeretur ea pecunia non esse ullo modo in obligatione & præstatione fideiussoris, idest, fideiussorem in eam pecuniam omnimodo non teneri, ne officio quidem iudicis: motus argumento *L. centum, supr. eod.* ubi fideiussor itidem simpliciter acceptus non tenetur ex mora rei in id quod actoris propter locum interest. Ea autem pecunia est, de qua nunc quæritur. Alii verba retinentes, fatentur eam pecuniam non esse quidem in obligatione fideiussoris, quia vere non est; sed nihilominus fideiussorem volunt in eam pecuniam teneri, quia teneatur officio iudicis, idque suaderi *L. quæro, infr. locat.* Azo utramque sententiam repudians statuit contra in specie proposita id quod actoris propter locum interfuit, sic a fideiussore deberi, ut non teneatur tantum in eam summam officio iudicis; sed vere sit ea pecunia in eius obligatione: quippe qui post moram a reo factam in actionem arbitrariam, qua ea præstatio continebatur, se obligarit. Quid ergo horum sequimur? Alterutrum placeret ex prioribus duobus, si liceret. Sed omnia reclamant, quominus admittamus.
† Ac de obligatione fideiussoris in ea pecunia de qua quæritur, in totum sic sta- 4
tuo:

tuo: non modo in proposito fideiussorem in eam pecuniam teneri; sed etiam si de proprietate verbi obligationis quærimus, eam pecuniam iure ab illo deberi, esseque in obligatione fideiussoria: neque id eo ita esse, quia intercessit fideiussor post moram a reo factam, ut Azo sensit; sed idem iuris futurum esse, etsi ab initio fideiussor acceptus esset: dum acceptus esset arbitrariæ actionis nomine, quæ de centum Capuæ promissis competeret, ut hic proponitur. Hæc ita esse doceamus.

Ac primum facile illud obtinebimus, verbis nullo modo significari, quod Bartolus eam pecuniam non esse in obligatione, interpretatur: non esse in præstatione fideiussoris, ita ut nec ipse etiam officio iudicis in eam pecuniam teneatur; etiam si maxime nominatim de fideiussoris obligatione hic dictum esset. Nam nec id quod actoris interest, est in obligatione rei principalis, quamvis post moram ab ipso factam: accedit enim tantum ad eius obligationem arbitrio iudicis *L. centum, supr. eod.* & tamen reum in eam pecuniam teneri constat. *L. 2. in pr. & §. ult. supr. eod.* Non ergo ex eo, quod diceretur eam pecuniam non esse in obligatione fideiussoris, ullo modo efficeretur fideiussorem in eam pecuniam non teneri. Sed & verbis ipsius Pauli ultro ea sententia reiicitur. Vult enim Paulus postea cessare arbitrium iudicis de ea pecunia, id est, fideiussorem amplius in eam pecuniam non teneri, si sors soluta sit. Non debuit dicere, amplius non teneri, si ab initio non tenebatur, ut Bartolus existimat. Nec debuit adiicere hanc conditionem, si sors soluta sit: cum etsi soluta non esset, auctore Bartolo non teneretur. Quæ ut ita non essent in verbis: tamen ipsa per se sententia falsa est in specie proposita: & cum responso *L. quæro, locat.* & similium, tum verbis ipsius fideiussionis non obscure refellitur. Quod sic demonstrari potest. Fideiussor præcedentis contractus nomine, seu in totum contractum præcedentem acceptus, tenetur in ea omnia, quæ continentur natura eius contractus, seu quæ inde natura contractus a reo præstanda sunt; sive ex obligatione proficiscantur, sive officio iudicis præstanda sint; ut sunt usuræ in conductione ex mora rei. *L. quæro, infr. locat. L. fideiussores magistratuum, §. 1. infr. de fideiuss. L. 2. §. ult. infr. de admin. rer. ad civit. pertin.* Ergo actionis arbitrariæ nomine acceptus post moram a reo factam de eo quod Capuæ dari debebat: multo magis in ea tenebitur, etiam quæ officio iudicis natura & potestate eius actionis præstanda sunt: quoniam officium iudicis proprie circa actionem exercetur, non circa contractum. *L. centum supr.* Unde dicitur addici iudex actioni, non contractui. *L. 4 in fi. supr. eod.* Atqui arbitrariæ actionis de eo quod certo loco dari promissum est, natura & potestate continetur, ut actori alibi agenti præstetur id quod eius interest, si mora a reo facta sit, quominus pecunia suo loco solveretur. Hæc enim actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei, inquit Ulpianus. *L. 2. in pr. supr.* Et quod continet, sit actionis natura, quæ quatenus arbitraria est, natura sua in arbitrium iudicis refertur. *L. 3. supr.* Fit, quia æquum est, actoris quoque rationem haberi. Actio autem arbitraria, hoc ipso quod talis est, hanc æquitatem desiderat. *d. L. 4. §. ult. supr.* Proinde fideiussor arbitrariæ actionis nomine acceptus, ut hic factum est, etiam in eam pecuniam tenebitur, in quam reus ex mora sua officio iudicis eius actionis teneretur. Nec ad rem pertinet, quod nondum actor cum reo alibi egit, qua tamen ratione se hic Bartolus tutum putat adversus sententiam *L. quæro, locat.* quasi actione arbitraria adversus reum nondum mota, id quod interest actoris ex persona rei, non esset in officio iudicis. Satis est ad fideiussorem in eam pecuniam obligandum ex mora rei, quod actor cum reo agere potuit, & id quod sua interest, ab illo consequi. Non enim obligat se fideiussor in id quod reus præstabit actione arbitraria: sed in id quod ea actione præstare debuit, si cum eo ageretur. Nam & in specie *d. L. quæro*, colonus reus principalis nihil amplius, quam debebat usuras ex mora, si cum eo locati ageretur; necdum cum eo actum erat, aut certe actum proponitur. Non eo minus tamen fideiussorem eius conductionis in eas usuras teneri placet. Atque hinc etiam quam verbis fideiussionis superior sententia adversetur, apparet. Nam si arbitraria actione continetur id quod interest actoris ex mora rei: quis non videt eum qui se obligat arbitrariæ actionis nomine, verbis fideiussionis in eam quoque utilitatem se obligare? quid autem magis repugnans, quam negare eum verbis fideiussionis teneri, qui se in eam quantitatem obligavit? Verum metuit Bartolus, ne si fideiussorem in proposito in id qood actoris interest ex mora rei teneri dixerimus, contrarium dicamus *L. centum, supr. eod.* Ubi fideiussorem simpliciter acceptum, in eam pecuniam ex mora rei teneri negat Afri-

5 Africanus. † Sed dissimiles sunt utriusque loci fideiussiones, atque in ea dissimilitudine aliud atque aliud ius requirunt. Illic simpliciter dicitur, fideiussorem acceptum esse: ut intelligamus eum acceptum esse in eam caussam, quæ præcesserat. Prius autem Africanus dixerat, creditorem centum Capuæ sibi dari stipulatum. Proinde subiiciens fideiussorem ab eo acceptum, hoc exprimit, acceptum esse in eam stipulationem, quam commemoraverat, seu nomine eius stipulationis. Hic autem proponitur nominatim fideiussor acceptus esse actionis arbitrariæ nomine, qua actor alibi experiri vellet. Mitto, quod fideiussor acceptus est tunc, cum iam reus moram fecisset, quominus Capuæ solveretur. Hic constat, saltem arbitrariæ actionis nomine acceptum esse. Multum interest, utrum pro reo qui centum Capuæ promiserat, fideiussor acceptus sit nomine stipulationis, seu in stipulationem præcedentem, ut sponderet, quod ex stipulatione deberetur; an vero arbitrariæ actionis nomine, ut sponderet, quod ea actione dari fieri oporteret. Ex stipulatione id quod actoris interest, dari non oportet ullo iure, nec ex obligatione, nec officio iudicis, ut probavimus ad *L. centum, in extremo*. Quo fit, ut nec superiore fideiussione in id se obliget fideiussor. Nec potest facto rei teneri in eam rem, in quam se non obligavit. At iam dixi, actione arbitraria eam pecuniam contineri officio iudicis. *d. L. centum*. Unde contraria de caussa efficitur, quod supra posui, eum qui se in eam actionem obligat, hoc verbo etiam in id quod interest, se obligare intelligi. Quamobrem & in id tenetur. At enim negat Africanus fideiussoris obligationem ex mora rei augeri, ac nos ita esse accipiendum fatemur, ut videatur augeri, & si quid ob moram rei non ex obligatione, sed officio iudicis præstare cogatur. Sed adiiciendum est, si cogatur præstare præter id, in quod se ab initio fidejubendo obligavit. Ut enim scripsi ad *d. L. centum*, qui obligavit se in sortem, & utilitatem actoris ex mora rei, utrumque si præstet, huic non augetur obligatio, sed qualis ab initio fuit, talis ei servatur. Effectum est autem, eum fideiussorem, qui arbitrariæ actionis nomine intercedit, in utramque rem se obligare.

Etsi autem satis est ad cogendum fideiussorem, si dicatur vel officio iudicis teneri ad præstandum id quod actoris interest, de quo dictum est: ut non sit necesse maiorem obligationem hic quærere: tamen ne qua sit dubitatio, quasi fideiussor verbis quidem in eam accessionem se obligarit, at iure obligare se non potuerit: † doceamus & hoc secundo loco, ita 6 eum superioribus verbis se obligasse, ut sit hæc quoque accessio iure in illius obligatione, ut recte Azo sensit. Atqui hoc plane superioribus consequens est. Si is qui arbitrariæ actionis nomine fidem suam interposuit, etiam de eo quod actoris ex mora rei interest, his verbis spondere intelligitur: quid superest, nisi ut in eam quoque pecuniam iure civili ex stipulatione obligetur? ut & de usuris ex mora rei debitis, ante respondi, ad *L. centum, supr.* adversus eum fideiussorem, qui se in conductionem, & per hanc in eas usuras vi ipsa obligasset. Nam ex stipulatione iure civili obligationem & actionem esse constat de omni eo, quod verbis stipulationis comprehensum est. *Inst. de ver. obl. in pr. §. de constitut. Inst. de act. L. quidquid, infr. de ver. ob.* Non enim metuo, ne quis cum fideiussorem in eas accessiones se obligasse & iure obligatum esse concesserit, easdem esse neget in eius obligatione: cum nihil aliud sit, obligatum esse in rem aliquam, quam obligatione eius rei teneri: seu teneri obligatione, in qua ea res continetur, atque inde præstari debeat; similiter ut dicimus aliquid in legato esse, quod legatum est, & ex ea caussa ab herede debetur. *L. 1. §. item si, infr. ad L. Fal.* Tantum hoc videndum est, ne ei obligationi forma iuris adversetur. In quo quidam consistunt, & ideo responderi aiunt, hæc non esse in obligatione fideiussoria; non quod de his fideiussor non spondeat, sed quod etsi spondeat, tamen iure non obligetur: quia nec sint in obligatione principali: nec possit fideiussoris durior esse conditio. Sed quod ante de usuris respondi ad *L. centum, supr.* idem & de accessione eius quod actoris interest, hoc loco dicendum est. Non si id quod interest actoris Capuæ solvi, ex mora rei ab ipso non ita debetur, ut sit in eius obligatione, sed arbitrio tantum iudicis accedat: ideo fideiussor de ea accessione spondendo iure obligationis non tenetur. Non est ea utilitas in obligatione rei, quia is de ea nihil promisit: est in obligatione fideiussoris, quia stipulatione in eam se obligavit. Neque vero hoc modo efficitur fideiussoris conditio deterior. Re enim vera tantundem reus præstare actione arbitraria debuit. Non debuit quidem eodem modo, eodemque iure, ut qui teneatur tantum officio iudicis. Sed non facit ea res duriorem conditionem fideiussoris, aut impedit

impedit eius obligationem: cum ad parem conditionem aut obligationem fideiussoris constituendam non spectetur, an fideiussor pleniore nexu obligetur; sed ne in re amplius præstet, quam reum suo modo, suoque iure præstare oporteret. Argumento esse potest naturalis obligatio: ex qua cum reus nec iure civili debeat, nec quidquam adeo præstare cogatur: recte tamen ei obligationi accedit fideiussor, qui & obligetur iure, & præstare quod naturaliter debetur, necesse habeat. *L. fideiuss. infr. de fideiussor.* Ut ergo verbis stipulationis fideiussoriæ, ita iure evenit, ut in id quod actoris interest, ex mora rei obligetur fideiussor, qui aut in actionem arbitrariam, qua de eo quod certo loco dari promissum est, aut eius actionis nomine se obligavit.

Sed hoc in specie hic proposita admisit Azo: quia mora iam a reo facta, fideiussor acceptus erat arbitrariæ actionis nomine: quo tempore iam reus in id quod actoris interest, arbitraria actione teneri
7 cœperat. † Ego autem plus dico, consequens esse superioribus, fideiussorem semper teneri in istam accessionem eius actionis propriam, in eamque ipsam sponsione sua obligari, si datus sit nominatim eius actionis nomine, quantumvis ab initio, & nondum mora a reo facta datus sit. Actionis enim arbitrariæ verbo continetur hæc ipsa accessio sub conditione, si mora a reo facta erit, quominus Capuæ solveretur. Quapropter quandoque mora ab eo facta, & eo modo conditione stipulationis impleta, iam tenebitur in eam accessionem, quam si stipulatio de ea ipsa accessione iam debita pure ab initio facta esset. Hæc enim vis est conditionalis stipulationis, atque adeo conditionis omnis. *L. a Titio, infr. de verb. obl. L. si pupillus, infr. de cond. inst.* Sed verba Pauli nobis opponuntur: *ea pecunia*, inquit, *quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debetur, nec est in obligatione*. Non dixit, non deberi a reo principali, nec esse in eius rei obligatione: sed generaliter non deberi, nec esse in obligatione. Unde intelligendum est, hoc eum dicere, in neutrius esse obligatione tum rei, tum fideiussoris. Arg. in *L. 9. §. 1. supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. a quo, supr. de pet. her.* in primis autem fideiussoris, quia de eo quæstio posita videtur. Hic est scopulus, qui tenuit alios: quem Azo dum vera sententia vitare conatur, huc delatus est, ut cum aliis quidem diceret, his verbis: *videamus ne ea pecunia non debeatur, nec sit in obligatione*, quæstionem poni, non etiam id affirmari: sed hoc amplius adiiceret, ad eam quæstionem nihil a Paulo responderi. Quo responso obiectionem non sustulit, sed maxime auxit. Nam & Paulum hic proferre sententiam suam supra diximus: & si affirmanter non loqueretur; tamen in ullo sano scriptore ferendum non esset, ut diceretur ponere quæstionem, de qua nihil responderet. Ut mirum non sit, si alii, cum in hac responsione nihil probabile viderent, nec quidquam aliud ad defensionem superioris sententiæ ab auctore afferretur: repudiata ratione, quod merito factum est, una etiam & sententiam reiecerint. † Ego 8
vero, qui Paulum non postea id probare, sed hoc ipso in loco eam sententiam affirmanter ponere didici & statuo: idem aio, in his ipsis verbis eum de obligatione rei principalis loqui, non de fideiussoria; idque ipsum ex ipsa conceptione verborum constare. Generalia verba si essent: tamen mente auctoris cognita, ad eam speciem traducenda essent, de qua scriptorem sensisse constaret: soletque mens ex eo colligi, si dicatur aliis in rebus oratio vitio non carere. *L. in ambigua, supr. de legib.* Ac quid vitii in eo sit, si definitionem de fideiussoris obligatione accipiamus, ex iis quæ disserui, intellectum est. Sed nego esse generalia: nego denique ad fideiussorem pertinere. Generalia essent, si diceret eam pecuniam, quæ ultra sortem accedere potest, non deberi: sed addidit circumscriptionem, ut diceret: *quæ accedere potest ex sententia iudicis*. † Hac adiectione aperte 9
designatur pecunia a reo propter moram debita: non quæ debeatur a fideiussore ex mora rei. Nam quæ debetur a reo ob moram, hæc vere accedit sententia iudicis, idest, arbitrio, & officio iudicis: non enim proficiscitur ex obligatione, cum reus se in eam verbis stipulationis non obligarit. At quæ debetur, præstaturque a fideiussore ex mora rei, hæc accedit quidem ad sortem; verum non sententia iudicis citra obligationem, sed ex ipsa obligatione: quia fideiubendo in eam pecuniam se obligavit: ac sine ea obligatione nihil posset sententia iudicis ad eum damnandum ex facto rei, ubi ipse nihil fecisset. De rei ergo principalis obligatione definitio Pauli & concepta & intelligenda est, non de obligatione fideiussoria. Sed & Paulum de hac non sentire manifestius fiet ex reliquo responso. Etenim si intelligit, eam pecuniam ita non esse in obligatione fideiussoris, ut

nec fideiussor in eam teneatur: falsum est, quod ait, forte soluta cessare arbitrium iudicis de pœna: cum & ante sortem solutam de ea pecunia adversus fideiussorem nullum fuerit arbitrium iudicis. Quod si intelligit, eam pecuniam ita non esse in eius obligatione, ut non sit principaliter, aut ex obligatione principali, & tamen in eam teneatur officio iudicis: inepta quæstio introducitur de verbis potius, quam de re, id est, de eius pecuniæ præstatione: cum si officio iudicis fideiussor tenetur, satis sit ad eam necessitatem præstandi, quam quærimus. Sed species facti nobis adversatur. Hæc de fideiussore actionis arbitrariæ nomine dato posita est, & quidem sub conditione refertur, quasi hinc responsum pendeat. Quid ad rem responsum, si de reo respondetur, non de fideiussore? Iam monui initio apparere ex iis, quæ sequuntur, quæstionem summam hic fuisse, utrum, forte Capuæ promissa soluta, peti adhuc possit id quod actoris interest, suo tempore Capuæ solutum fuisse. De eo responsurus Paulus præmisit de obligatione rei principalis in ea pecunia præstanda: quoniam ex eo pendebat, quod de quæstione proposita responderet. Subiicit enim, *forte soluta*, in proposito *arbitrium iudicis cessare*; significans eam pecuniam amplius peti non posse. Quod quidem efficitur ex eo, quod si hæc pecunia non est in obligatione, & tamen præstanda est: arbitrio tantum iudicis debetur. Ut dicendum sit, arbitrio hoc sublato, nullam petitionem eius pecuniæ superesse. At enim hoc dici poterat, etsi fideiussor a debitore datus non esset. Quid ergo attinebat ad eam quæstionem de fideiussore dato proponere? Duæ caussæ fuerunt. Primum quia pertinebat ad augendam dubitationem etiam in reo: deinde, quia etsi in fideiussoris persona idem quæreretur, quæstio absoluta esse potuit, etsi de solo reo responderet. Dico, quod fideiussor a reo datus est, & datus est tunc, cum iam reus moram fecisset, eoque & actione arbitraria teneri cœpisset in id quod actoris interest: totum hoc facere ad iustam dubitationem, an non quamvis forte postea a reo soluta, tamen debeat in reliquam accessionem teneri. Quidni enim videatur in eam pecuniam fideiussorem non frustra dedisse, sed potius hoc facto ita confirmasse illam præstationem, ut forte soluta, totius accessionis petitio superesset? & maxime hoc existimari potuit adversus fideiussorem: quippe qui in eam pecuniam se obligavit. Hoc ergo voluit Paulus intelligi, ne hæc quidem efficere, quominus recte respondeatur, etiam in proposito forte soluta, de ea pecunia arbitrium iudicis cessare. Idque se sentire satis aperte indicat, cum ait, id se probare *nunc quoque*. Non enim aliud significant hæc verba *nunc quoque*, quam in specie proposita, ac non tantum in aliis, ubi non similiter fideiussor datus est. Et recte hic quoque idem probat: quia fideiussor accedit obligationis confirmandæ & magis cavendæ caussa, non etiam augendæ aut mutandæ. *Inst. de fideiussor. in pr. L. 4 §. si ex conventione, infr. de re iud.* Proinde ut ante fideiussorem datum id quod interest non debebatur a reo, nec fuit in obligatione: sic nec fideiussore dato, ea præstatio in obligatione esse incipiet; sed, ut ante, officio tantum iudicis debebitur. Unde recte colligitur, nunc quoque forte soluta arbitrium iudicis de ea pecunia cessare. At hoc posito, propter eam fideiussionem non magis eam pecuniam esse in obligatione rei principalis: una etiam respondetur & de fideiussore: ut quamvis in fideiussoris persona hoc idem hoc loco quæsitum fuisse quis existimet, quod propter speciem de fideiussore positam probabile est: tamen superiore responso atque interpretatione hoc idem explicetur. Consequens enim est, non eam pecuniam non esse in fideiussoria obligatione; sed non esse ita, quin quomodo reus principalis forte soluta liberatur præstatione eius quod actoris interest; sic liberetur & fideiussor, sive ipse eam solverit, sive reus principalis: quia liberato reo fideiussor teneri non possit. *L. in omnibus, infr. de solut. L. ex persona, infr. de fideiussor.*

Ait, adeo ut nunc quoque sorte soluta. Sensus est: adeo ea pecunia, quam dixi, idest, id quod interest actoris, non est in obligatione rei principalis, quamvis mora ab eo facta, ut non solum non sit in aliis caussis: sed ne nunc quidem, idest, ne in hac specie quidem, ubi & fideiussor acceptus est, & acceptus tunc, cum iam arbitraria actione ea pecunia deberetur. Unde fit, ut nunc quoque si sors soluta sit, arbitrium iudicis cesset. Intellige de ea pecunia, de qua nunc quæritur. Nam & ait id arbitrium cessare tunc, cum Capuæ petetur, idest, agetur. Quod non de alia pecunia accipi potest, quam eius quod utriusque interest. Capuæ enim ipsam sortem peti posse constat: sed hanc solam, nec amplius quid, *L. 4. supr. eod.* † Arbitrium iudicis de 10
ea pecunia cessare sic accipiemus: forte

solu-

soluta, eius pecuniæ actionem nullam superesse. Ea enim accessio si quomodo debetur & peti potest: debetur tantum & peti potest officio & arbitrio iudicis. *L. centum*, *sup. eod.* Ita fit, ut sublato hoc arbitrio, quo petitio nitebatur, simul quoque eius pecuniæ petitio tollatur.
11 † Sic autem fit iure, ut sorte soluta, de eo quod actoris propter locum interest, cesset arbitrium iudicis. Hoc enim arbitrium de ea pecunia actionis sortis accessio est: cum una sit obligatio sortis Capuæ promissæ, ac circa huius exsecutionem, id est, actionem, eius quod interest ratio arbitrio iudicis committatur, *d. L. centum*, *sup.* Porro sorte soluta, ea obligatio & actio tollitur. *Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Ergo & arbitrium iudicis: nempe accessio, quæ nulla esse potest, caussa principali sublata, cui accedat *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Hoc loco obiicitur *L. 2 §. idem Iulianus*, *sup. eod.* Ubi sorte soluta, placet peti adhuc posse id quod interest, id ipsum de quo nunc agitur. Sed ut ibi pluribus diximus, nec sors eo loco pro soluta habetur. Soluta est enim Titio adiecto, id est, alii, quam creditori, idque ignorante creditore & contra formam stipulationis. Ideo & sortis adhuc actio manet, qua & experiri licet: atque hac instituta, est actio, circa quam ad eius quod interest præstationem recte officium & arbitrium iudicis exerceatur. Et quod illic dicitur, solum peti id quod interest: ad effectum petitionis, non ad ius petendi referendum est: quia creditor etsi de sorte, & eo quod sua interest, actionem recte intendit: tamen nihil amplius consequitur, quam id quod interest, cum videatur iam per Adiectum sortem solutam accepisse. Ita totius utriusque summæ petitio superest, quia sine ea nec accessio eius quod interest, consisteret: sed petitio ad hoc solum proficit, ut creditor, quod solutioni deerat, solum consequatur. Hoc autem loco pecunia recte soluta est, quia soluta creditori, ut in extremo dicitur. Quæ solutio debitorem liberat. *d. Tit. quib. mod. sol. obl. in pr.* Addit Paulus, *vel si Capuæ petatur:* sic Pand. Florentinæ. Et verum est, si Capuæ petatur, ipsam solam sortem peti: eius autem quod alterutrius interfit, rationem non haberi: quia ibi non fit actio arbitraria. *L. 4. supr. eod.* ut utrobique pariter arbitrium iudicis cesset de eo quod interest, & cum sors soluta est, & cum in loco constituto agitur. Sed rectius videtur, quod in aliis exemplaribus legitur: *veluti si Capuæ petatur:* ut dicat in specie proposita si sors soluta sit, similiter cessare arbitrium iudicis, ut cessaret, si Capuæ ageretur: quo casu cessare constat. Nam ut sine comparatione diceret hoc arbitrium cessare, si Capuæ agatur, & adiiceret id fieri nunc quoque, id est, etiam in specie proposita, supervacuum fuit: cum constaret neque hoc, neque ullo alio casu arbitraria actione agi, cum loco constituto agitur. *d. L. 4. supr.* Malim igitur ita legi, ne quid vitii in oratione notetur. In re quidem, utro modo legamus, nihil interest.

Ait, nisi si quis dicat. † Obiectio 12 est, qua dici posse ostendit, verum non esse, sorte soluta, seu tanta pecunia, quanta sortem efficit, amitti præstationem eius quod interest. Argumentum autem, si summam complecti volumus, est huiusmodi: Cum tanta pecunia soluta est, quanta est sors; ea pecunia, inquit, ex universitate, id est, ex universa summa sortis & pœnæ, quæ initio præstari debuerunt, videtur soluta tam ex sorte, quam ex pœna: id est, imputatur partim in sortem, partim in id quod proportione eius summæ solutæ actoris interest. Ut si centum promissis Capuæ, post moram a reo factam interfit actoris ad viginti sortem Capuæ solutam fuisse, ac reus postea centum solvat: ea videbuntur soluta partim in sortem, partim in id quod interest. At cum hoc fit, superest residuæ summæ sortis petitio, cui deinde accedet arbitrium iudicis de reliqua parte eius quod interest proportione: atque hoc modo semper consequitur creditor & sortem, & totum id quod interest. Non ergo verum est, tanta pecunia creditori soluta, quanta sortem efficit, amitti præstationem eius quod interest, quod ex superiore sententia semper salvum futurum est creditori.
† Ubi observandum est, pœnam a Paulo 13 vocari in proposito id quod actoris interest, quia quod id præstatur a reo, moræ eius pœna est: cum sine mora adversus eum non æstimaretur. *L. 2. §. ult. supr.* Pœna est autem, quidquid alicuius delicti coercendi caussa infligitur: *L. aliud est fraus*, *infr. de verb. sig.* qua ratione & usuræ ex mora promissæ pœna dicuntur. *L. lecta*, *supr. si cert. pet.* Propositionem Ioannes sic explicavit exemplo: finge centum Capuæ promissa, quæ summa sors est: pœnæ nomine accedere viginti: sic deinde centum solvi. Ex suprascripta sententia sic res transfigetur, ut in sortem imputentur LXXXIII. solidi, & IV. denarii, solidi triens: in pœnam autem XVI. solidi, & VIII. denarii, solidi bes.

Optime. Nam hæ duæ summæ coniunctæ centum efficiunt: separatæ autem inter se respondent pro ea proportione, qua respondent inter se centum & viginti. Ut enim centum superant viginti quintuplo (nam quinquies viginti centum efficiunt) ita summa LXXXIII. solidorum, & IV. denariorum quintuplo maior est summa XVI. solidorum, & VIII. denariorum. Quod ita quis deprehendet, si pro singulis quinis, quæ sunt in priore summa, unus solidus computetur in pœnam. Reperiet enim in priore summa inesse decies sexies quinos solidos, & præterea tres cum quatuor denariis. Ratione ita subducta, apparet ex sorte adhuc superesse XVI. solidos, & VIII. denarios solvendos: qui quia debentur, adhuc peti possunt: id est, quod Paulus ait, superesse petitionem eius, quod excedit sortem: intellige enim sortem ante solutam: id autem quod excedit, est illa summa sortis reliqua, quam dixi. Quæ si petetur, accedet etiam, inquit, pœna pro eadem quantitate, id est, pro rata portione: nempe III. solidi & IV. denarii, qui restabant ex pœna. Quæ summa si superiori pœnæ adiicitur, XX. pœnæ nomine efficiuntur. Separata autem summæ posteriori sortis respondet eadem proportione, qua superiores duas inter se affectas ait, diximus. Ex quibus perspicuum fit, quod assumpsi, si ratio ita ineatur, semper creditorem & sortem & pœnam consequi. Ad hæc Paulus: QUOD NON PUTO ADMITTENDUM. *Quod*, particula refert ea quæ præcedunt. Prius autem dixerat ex obiicientium sententia pecuniam solutam non imputari solum in sortem, sed pro parte tantum, & ideo superesse petitionem reliquæ sortis: cui accedat pœna pro eadem quantitate. Ergo his verbis, *Quod non puto*, hoc dicere intelligitur, putare se centum soluta in sortem tantum imputari: proinde ut ex sorte, sic ex pœna nihil superesse, quod amplius peti possit. Reddit rationem eo spectantem, ut probetur ea solutione sublatam persecutionem pœnæ, seu eius quod actoris præter sortem interest.

TANTO MAGIS, inquit, QUOD CREDITOR ACCIPIENDO PECUNIAM, ETIAM REMISISSE POENAM VIDETUR. Quæ ratio in primis animadvertenda est. † Ac 14
principio cavendum, ne hoc generaliter dictum accipiamus, quasi omnis creditor, cui sors & pœna debetur, sortem accipiendo, videatur pœnam remisisse: quod falsum est. Exemplo hæc sunt: ei qui sortem Calendis dari, & nisi sua die data esset, usuras stipulatus est, & sors debetur, & pœna. Nam hic usuræ pœnæ nomine præstantur ob moram. *L. lecta, supr. si cer. pet.* ut & hic id quod interest ex mora, unde & pœna nominatur. Neque tamen si creditor sortem acceperit, usurarum præteritarum petitionem amittit. *L. centum, supr. eod.* Item domino, cui res surrepta est, ex eodem facto & res furtiva, aut eius æstimatio, tanquam sors debetur condictione furtiva: & pœna dupli aut quadrupli actione furti. Constat tamen si res, aut rei æstimatio restituta erit, non eo magis pœnæ petitionem consumi. *L. si pro, §. 1. supr. de cond. fur.* Et cur qui duarum rerum actionem habet, unam remittendo alteram remittere videretur? Imo vero ideo manet altera, quia unam tantum remisit. Idque ita placuit de omnibus his, qui duo iura habentes, unum tantum ex his remiserunt. *L. si mihi, supr. de servit. rust. præd. L. si domus, sup. de servit. rust. præd.* Non ergo in universum vere dici potest, creditorem accipiendo pecuniam, atque adeo sortem ipsam, videri ea acceptione etiam pœnam remittere. Neque vero id Paulus dicit. Sed ut prius creditorem intellexit eum, cui sors Capuæ promissa erat: pœnam dixit non quamlibet, sed eam, de qua in proposito agebatur, idest, id quod actoris interest, sortem Capuæ solutam non esse, eamque bis hoc sensu nominavit: sic & in ratione ad eam speciem & quæstionem accommodata, creditoris & pœnæ verbo eundem illum creditorem, eandem illam pœnam, de quibus quæstio est, dicere intelligitur, ut est lex & ratio omnis iustæ interpretationis. *L. si plurium, §. ult. infr. de legat.* 1. Estque hæc sententia, quasi ita scripsisset: tanto magis, quod creditor in proposito pecuniam accipiendo, etiam videtur remisisse pœnam: nempe eam, de qua nunc quæritur, & quam iam bis pœnam appellavit: idest, id quod in proposita specie actoris interest: de quo ambigitur, an eius petitio nunc quoque sublata sit, sorte soluta. † Hanc, inquam, pœnam 15
remisisse creditor videtur, sortem accipiendo. Sed cur hanc pœnam potius, quam alias? quia aliæ, quas commemoravi, debentur per se, & sunt in obligatione: ut sortis actione sublata, nihilominus & pœnæ petitio quæ prius erat, ac per se subsistebat, etiam nunc superest, & per se constet. At ea de qua hic agitur, non est in obligatione; sed eius æstimatio accedit petitioni sortis, ut hic dicitur, & in *d. L. centum, supr. eod.* Quo fit, ut principali actione sublata, non fit

ſit acceſſioni locus. *L. cum principalis, infr. de reg. iur.* Sed ex hac re incidimus in hoc incommodum. Iſta enim ratione efficitur, ut pœna hic tollatur neceſſitate iuris, non autem voluntate creditoris remittatur, ut Paulus loquitur. Imo & neceſſitate iuris tollitur, ut & nihilominus recte dicitur voluntate creditoris remitti: quoniam qui admittit antecedens, etiam quæ conſequentia ſunt admittit. Ubi hæc illo poſito ſequi neceſſe eſt: & e converſo. *L. illud, infr. de acq. her. L.* 1. §. 1. *infr. ſi uſufr. pet. L.* 3. §. *qui habet, ſupr. de ſer. ruſt. præd.* At ſortis ſolutioni neceſſario iure adiuncta eſt acceſſionis liberatio: qualis eſt pœnæ, de qua hic quæritur. *d. L. cum principalis, de reg. iur.* Arg. *L. in omnibus, infr. de ſol.* Itaque qui pecuniam accipiendo, ſolutionem ſortis admiſit, una etiam & pœnam voluntate ſua remiſiſſe intelligitur. At rurſum hoc modo incurrit ratio Pauli in novam reprehenſionem. Si enim in propoſito remiſſionis pœnæ cauſſa in eo eſt, quod pecunia accepta & ſorte ſoluta pœnæ acceſſio manere non poteſt: ſumet hoc Paulus pro ratione, ut dicat pecuniam hic a creditore acceptam in ſortem totam imputari. Atqui de eo prius ambigebatur: ut neceſſe ſit, rationem eſſe ex genere earum, quæ principium petunt, ideſt, pro confirmatione ſumunt id, quod erat in controverſia: eoque vitioſam & ineptam. Et ſane eſſet huiuſmodi, ſi ius de pecunia in ſortem imputanda incertum putaret Paulus, ut de eo probari oporteret. Sed obſervandum eſt, Paulum id ſumere pro confeſſo, & innuere eius rei aliam eſſe rationem certam minimeque dubiam, quam proinde non exprimat. Non enim dicit ſe ſuperius non putare admittendum, quia creditor pecuniam accipiendo pœnam remiſerit; ſed id ſe putare, tanto magis, quod creditor, & quæ ſequuntur. Hæc verba, *tanto magis*, aperte declarant, intelligere eum aliam ſententiæ ſuæ eſſe rationem, quam ideo non exprimat, quia non ſit neceſſe: id eſt, quia res ſit explorati iuris; ſed ſi hæc acceſſerit, quæ ſequitur: tanto magis id probandum. Idque ita habet: atque hæc
16 illa ratio eſt. † Cum enim qui ex pluribus cauſſis debet, pecuniam ſolvit, ex ea cauſſa ſolviſſe videtur, ex qua tunc cum ſolvebat, compelli poterit ad ſolutionem. *L. cum ex pluribus*, 103. *infr. de ſol.* & quod idem eſt, in graviorem cauſſam, & quæ reum arctius oneret. *L.* 3. *eod.* Idque non dubia voluntatis debitoris coniectura efficitur. Ipſius enim intereſt id ita accipi, ne pecunia in eam cauſſam imputetur, ex qua exigi ab eo non potuit, atque ita illi perierit. Ergo & in hac ſpecie qui in ſortem & pœnam tenebatur, ſi pecuniam ſolverit, in ſortem tantum ſolviſſe videbitur, non in id quod intereſt: quia ad illius ſolutionem compelli potuit; ad hoc propria actione non potuit, cum non fuerit in obligatione. Hoc ſi voluntate debitoris ſit, & iuris certi eſt: multo magis idem probandum erit, ſi creditor ultro & ſine ulla teſtatione pecuniam acceperit. Primum quia ita accipiendo, voluntatem debitoris ſequitur: cùm in aliud ſolutum conſtituere non poſſit, quam in id quod debitori expedit. *L.* 1. *& L.* 3. *infr. de ſolut.* Deinde quia ſi hac acceptione remittit acceſſionem eius quod intereſt, id eo tolerabilius eſt, quod remittit pœnam. Facilior autem, & propenſior interpretatio eſſe debet ad pœnas minuendas. *L. pen. infr. de pœn. Arg. in L. cum quidam, infr. de lib. & poſtum.* Si forte ſoluta, tollitur petitio totius eius quod intereſt, cum creditori ipſi ſolvitur, ut hactenus effectum eſt: par eſt, ut ſoluta ſortis parte, eodem modo pro ea parte ceſſet arbitrium iudicis de eo, quod pro ea parte actoris intereſt. Quod Africanus ſcripſit in extremo. *L. centum, ſupr. eod.* Ut quæ de tota ſorte hic dicimus, eadem & de parte pro proportione intelligantur. *L. quæ de tota, ſupr. de rei vind.* † In utroque autem probo 17
ſententiam Bartoli, ut quod hic dicitur, cum creditor ſortem accepit, tolli petitionem eius quod intereſt: locum habeat in re dubia, cum creditor pecuniam ſimpliciter & nihil teſtatus accepit. Cæterum etiam ſorte ſoluta tunc ſuperſit creditori petitio eius quod intereſt, cum is ſortem accepit ea lege, eaque teſtatione, ut ſibi ſalvum eſſet, quod ſua intereſt. Ex hac enim conventione aut non videtur ſors ſoluta; & ita vetus actio adhuc ſupereſt, qua id quod intereſt, petatur, ut ſit in *L.* 2. §. *idem Iulianus, ſupr.* Aut ſi ſortem ſolutam eſſe dicimus: creditori dabitur actio præſcriptis verbis in id quod eius intereſt. Negotium enim civile geſſit, cum liberavit debitorem ſuum ea lege, ut viciſſim ille id quod intereſt, poſtea adiiceret. Unde præſcriptis verbis actio. *L. ob eam, infr. de præſcript. verb.* Nam & debitor cum ea lege apud creditorem pecuniam eſſe patitur, hoc ipſo in eam legem conſentire intelligitur: cum ſi alio nomine pecuniam exſolutam vellet, liberum ei eſſet in re agenda pecuniam hac lege non dare. *L.* 2. *infr. de ſolut.*

CLARIS-

CLARISSIMIS VIRIS,

RECTORI, SENATUIQUE ACADEMIÆ

HEIDELBERGENSIS

HUGO DONELLUS S.

QUI mihi primus publice apud vos dicendi aditus fuit, differueram nuper vobis audientibus, clarissimi viri, ut tunc occasio ferebat, de ea specie iuris, quæ implicitam haberet de contractibus incertis, & præscriptis verbis actione quæstionem. Ego, qui scirem, & cuius generis haberetur ea quæstio, & quinam essetis, apud quos de ea dictum esset, & quis ego, qui disseruissem, admonitus sum sæpe & superiore illa disputatione & recordatione honorificæ præsentiæ vestræ, & inprimis officio, quod mihi erga dignitatem vestram perpetuum esse debere decrevi, ut de toto eo genere diligentius cogitarem, videremque, numquid melius, & accuratius in lucem proferri posset, quo ut in cæteris cupio omnibus, sic in hac re maxime, quæ quodammodo iudicii vestri propria facta esset, officium meum, & opera vobis probaretur. Quæstio ipsa ut obscura & difficilis, ita doctissimorum hominum nobilitata disputationibus, non indigna videbatur talium virorum iudiciis. Vos eiusmodi, quibus ut est rerum summa cognitio, & ea doctrina, a qua homines docti appellantur, non temere in literis & artibus quidvis pro vero & recto, quod non sit, obtrudatur: tum autem ea dignitate & auctoritate præditi, ut, si quid quibus hoc loco probandum sit in literis, soli sitis, ad quos hoc omne iudicium maximo merito vestro deferatur. Ego autem quis? non dicam, qui in senatum vestrum amplissimum summis voluntatibus vestris expetitus, & allectus sim (quod tamen beneficium apud me tale est, ut perpetuo mihi felix ille, & faustus futurus sit dies, quo in talium virorum ordine, & senatu numerari contigit) sed is, qui aliis in rebus plurimis & maximis beneficiis vestris affectus atque ornatus sim, in omnibus autem ea voluntate vestra & iudicio ubique usus, ut omnes caussas habere mihi videar, cur me & mea vobis sine exceptione deferre & probare studeam. Hæc me igitur cogitatio hoc tempore impulit potissimum, ut illam, quam dixi, curam susciperem de toto illo genere paulo diligentius & disserendi & scribendi, quod & a me factum est. Itaque quantum per ferias superiores licuit, repetita, ut potui, eorum memoria, quæ mihi olim de hac quæstione probata & disputata erant, confeci, quod mihi ad eam explicationem satis esse videbatur. Ea est opera, vel disputatiuncula verius: quam quibus ego deferam, nisi vobis, quibus se potissimum probari contendit, & quibus debetur? Vellem, clarissimi viri, si quid mihi

mihi unquam vobis ad significationem summæ voluntatis atque officii offerre daretur, maius aliquid, & præstantius esse posset. Cupio enim ab omnibus intelligi, non solum quanti vos tales viros, id est, summos, & omni literarum, doctrinæ, virtutis genere excellentes faciam: sed etiam quantum vobis debeam, & quam cupiam, si minus referre, at certe habere pro dignitate gratiam, si liceat. Quorum utrumque quia de rebus amplis & magnis est, nisi luculenta aliqua, & magna re satis testari non possum. Quantum vero sit hoc, quod nunc offertur, & scio ipse, & me tacente res ipsa loquitur. Sed ignoscetis. Vicit enim singularis illa, & constans cum humanitas, tum voluntas & liberalitas in me vestra: qua hospitem afflictis rebus pene plus, quam fratrem tot modis & publice & privatim prolixe prosecuti, sic mihi ad omnem voluntatis sestificationem animum incendistis: ut retineri non possit diutius, quin aliqua parte se ostendat, si non potest maiore in re. Quando ita Deo soli sapienti, & optimo patri visum est, ut salvi quidem, verum omnibus bonis, & maxime consuetis præsidiis studiorum orbati ex illo nimium omnibus exteris noto, & nec nominando incendio superessemus. At putavit se hac re posse, etsi non tam exigua, quam propemodum nulla. Hac uti maluit, quam longiore silentio usus non satis memoris & grati culpam subire. Tantum ne ex genere aut magnitudine muneris de animo iudicium fiat, neve quisquam etiam ex eo beneficia vestra metiatur. Quod ne fiat, non tantum deleam prius ex omni memoria totam hanc commentationem, sed nec quidquam etiam patiar unquam meum inter homines numerari. Quamquam nihil est quod invitum partum, aut retineam apud me, aut alio transferam. Ipse hic labor a vobis, prope dicam, natus exigere videtur, ut ad auctores suos, & quasi ad alteros quosdam parentes suos redeat. Nam quomodo aliter eos appellem nescio, quorum post illustrissimum principem maxime beneficiis & hunc fœtum, & quidquid hic usque adhuc meum est, excitatum & eductum vere possum profiteri. Accipietis igitur a me non iam dico munus, sed beneficiorum vestrorum primitias qualescumque, testes, non ullius facultatis, nisi forte hoc testabuntur, nullam in nobis ad remunerandum facultatem esse; sed egregiæ voluntatis, qua dum vobis obsequor, & gratum animum probari volo, nulli unquam mortalium concedam. Bene valete.

Heidelbergæ Calendis Septembris, Anno M. D. LXXII.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. DIGESTORUM, DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

CAP. I.

SUMMARIUM.

1. *Quæ huius tractationis ratio & occasio, eius summa, & argumentum.*

1 MAgna ratio est, cur de præscriptis verbis & in factum actionibus scribam hoc tẽpore atque hoc loco: sententiam maxime perfecutus eius tituli, qui in Pandectis exstat, hac ipsa inscriptione. Etsi enim occasio illa, de qua superiore epistola sum præfatus, ad hanc curam satis videri potuit: tamen ut sunt ea, quæ mihi antecesserunt, ipsa res me, ut facerem, multo magis debuit invitare. Scripsi anno superiore in titulos Codicis, *de pactis*, & *de transactionibus*, nec tam in illos titulos, quam disputatio illa huc spectavit, ut vis pactorum a nobis explicaretur. Porro sic quæstio de actione præscriptis verbis, sic totius illius tituli tractatio ad quæstionem de pactis pertinet, ut nequeat separari. Non enim ita pertinet, quasi quæ genere disiuncta, tamen ad partem aliquam de pactis melius intelligendam conducat; sed tanquam quæ sit ex media quæstione de pactis, atque adeo optimam eius quæstionis partem contineat. In titulo *de pactis*, de vi pactorum quæritur. Atqui vis pacti, quod quidem ad agendum prosit, posita est pene tota in ea actione, quæ *præscriptis verbis* nominatur. Unde tot locis sub titulis, *de pactis*, & *de transactionibus*, eius actionis fit mentio. Sed quod præcipue animadvertendum est, Titulus ipse *de præscriptis verbis* totus hanc summam habere reperietur, ut, cum præter conventionem quid datum a me, aut factum est, ut vicissim mihi dares, aut faceres: norimus, quæ hic conventiones, & quatenus valeant: quæque sit ex his actio, cum ad petendum, quod convenit, tum ad id, quod datum factumve est, revocandum: in quo de vi pactorum agi perspicuum est. Neque vero alia quæstio est, quæ est exposita brevius ab Ulpiano in *l. iurisgentium*, *§. 1. D. de pact.* Ita fit omnino, ut aut nusquam eius tituli tractatio locum habeat, aut ad quæstionem de pactis, cuius pars, vel appendix quædam est, debeat referri. Quamobrem cum, ut dixi, scripserim antea de pactis, in quo eius quæstionis explicationem susceperim: necesse est, videri me aut institutæ disputationi non satisfacere, sed relinquere inchoatam; aut huius quoque partis, quæ illius propria est, explicationem adiungere debere. Sic nos præsente temporis occasione ad hanc explicationem maturandam esse usos: ut tamen eam non magis occasio & casus mihi obiecisse, quam coniunctionis rerum necessitas post illam tractationem priorem a me expressisse videatur. Habet hic locus controversias aliquot subdifficiles, & parum explicatas, dignas, in quibus elaboretur. Quod vel doctorum hominum de his accuratæ & discrepantes disputationes facile testari possunt. Res videbuntur fortasse ad morem veterum iudiciorum magis, quam ad usum

usum horum temporum pertinentes, & ita sunt omnino, si per se spectabuntur: sed pertinent tamen ad eos locos, quibus res ad usum præsentem utiles & necessariæ continentur: ac sine his loci illi, qui sunt innumeri, facile intelligi non possunt. De quibus quid nobis videatur, exposui diligentius, ut in re controversa. In qua cum scirem fore, ut multis nova dicere videar: non satisfuit id ponere, quod sentiebam, nisi etiam quomodo confirmetur, & ab iis quæ dicuntur contra ab illis, quomodo vindicetur, ostenderem.

Tituli *de præscriptis verbis, & in factum actionibus*, hæc fere summa est. Cum convenit, ut mihi des quid, aut facias, interdum sola est conventio, sive hæc nullo proprio nomine appelletur, sive in aliud nomen contractus transeat; interdum præter conventionem prius ipse dedi, aut feci quid ea lege, ut dares, aut faceres illud, de quo præstando convenit: ut sic dicatur caussa subesse præter conventionem, ut loquitur Ulpianus in *L. iurisgentium, in prin. supr. de pact.* caussa nimirum, propter quam mihi dare, aut facere debeas, idest, caussa dandi, aut faciendi: præter conventionem, dicit, quia conventio & ipsa una est ad dandum aut faciendum caussa: ut sic iam duplex obligandi tui caussa fieri intelligatur, & quod dedi, aut feci, & quod te daturum, facturumve pactus es. De priore genere nihil hic dicimus: ex quo aut plane nulla actio nascitur aut, id genus est earum conventionum, quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel lege confirmantur: ex quibus certæ sunt & propriæ actiones, non præscriptis verbis. Ita totum hoc genus a titulo, *de præscriptis verbis*, est remotum. Posterius est, de quo sub eo titulo agitur. Quid autem hic quæratur, vide. Earum sive conventionum, sive negotiorum sive contractuum, quibus caussa faciendi subest præter conventionem, quatuor sunt genera: aut enim do, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias. Tot enim genera natura esse ostendit, neque plura eadem natura esse possunt: quæ Paulus posuit in *L. naturalis, in princ. eod. tit.* atque omnia uno generis nomine complexus est: ob rem datum appellans, quod illa lege datum, factumve est: nimirum dati nomine etiam factum intelligens. Quoties unum aliquod ex his incidit, si, postea quam dedi, aut feci, ipse cessas dare aut facere: quatuor sunt in unoquoque, de quibus quæri solet. Nam cum interdum mea non dedisse, quod dedi, aut feci; interdum magis intersit id consequi, quod pactus es: utrumque habet dubitationem, & eam duplicem: primum, si velim revocare, quod datum, aut factum est, an possim; & si possum, qua actione id consequar: deinde, si putem magis e re esse id consequi, de quo convenit, an petere liceat; si licet, quæ sit in eam rem actio. His vero in rebus & Pauli disputatio in *d. L. naturalis*, & totius tituli tractatio continetur. De quibus quid iuris sit, videamus.

CAP. II.

In iis contractibus, qui in proprium nomen transeunt, neque condictioni dati ex pœnitentia locum esse, & certam in omnibus esse actionem; tum qua nota discernamus in omni conventione, utrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.

SUMMARIA.

1. *In sequestrem actio depositi, & actio præscriptis verbis, sed quibus.*
2. *Præscriptis verbis actio, & actio ex vendito de eadem re in specie* L. 2. Cod. de pact. int. emt. & vend. compos. & L. si convenit, D. de rescind. vend. *& cur.*
3. L. naturalis, D. de præscr. verb. *tractatio, & scopus.*
4. *Condictio dati ob caussam caussa non secuta, cur non sit in iis contractibus, qui transeunt in proprium nomen.*
5. *Condictionem esse pecuniæ datæ ob caussam mandati, ut servus emeretur & manumitteretur, quamvis nondum servus emptus sit. & cur.*

ET de his ex genere contractus statuendum est. Interest enim plurimum, utrum contractus, de quo agitur, in proprium nomen contractus transeat, an non transeat: puta, sitne emptio & venditio, quæ contrahitur, locatio & con-

conductio, aut similes contractus; an vero nihil horum dicatur, nullaque alia hic contrahatur obligatio, quam, ob rem dati, re non secuta, ut Celsus loquitur in *L. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Cum contractus incidit, qui proprio nomine appelletur: veluti cum dedi pecuniam, ut fundum a te accipiam, ubi emptio contrahitur; aut dedi pecuniam, ut mihi tabulam pingas, ubi locatio est; in his & similibus res brevi, nec difficili definitione continetur, neque id, quod datum est, revocari posse, ubi is qui promisit, id quod dare debet, offerat; & id, de quo præstando convenit, ita peti posse, ut sit eo nomine certa actio ex contractu certo constituta: ut proinde alia, idest, aut præscriptis verbis, aut de dolo non, requiratur. Imo vero ne locum quidem habet: nam actio quidem de dolo hac conditione proposita est edicto, si alia actio nulla erit; *L. 1. D. de dol.* de actione autem præscriptis verbis ita traditur in *L. 1. & L. 2. D. hoc tit.* tunc ad eam confugere nos, cum deficiunt prodita iudicia, & vulgares actiones. Nam

1 † quod de re apud sequestrem deposita & depositi actionem in sequestrem dari legimus, & item actionem præscriptis verbis, *L. ei apud, §. 1. D. depos. L. si gratuitam, §. ultim. hoc tit.* nihil huic sententiæ adversatur: datur enim depositi actio in sequestrem; sed ei, qui deposuit, de re ab ipso deposita, quam ad rem præscriptis verbis actio non competit. Rursum datur præscriptis verbis; sed victori de re, quæ ab ipso deposita non est, sed ab adversario, cum quo certabatur: quam quidem ad rem certum est illi non magis depositi actionem competere posse, quam in superiore specie potest deponenti competere actio præscriptis verbis. Unde ergo hæc actio victori adversus sequestrem, cum apud sequestrem eam non deposuerit? ex eo videlicet, quod in rebus sponsionis caussa deponendis ab initio convenit inter sequestrem & eos, qui deponebant, ut, uter certantium vicisset, ei sequester res depositas traderet: post quam conventionem fecit victor, ut accideret id, de quo convenerat: decertavit enim, & vicit. Neque hoc aliter fieri reperiemus, quam ut ex contractu certo certa sit actio, & ita certa, ut non sit præscriptis verbis.

2 Quod † tamen contra, propria quadam ratione in una caussa receptum esse, hoc loco monendi sumus: nimirum cum vendidi tibi fundum ea lege, ut mihi quandoque pretium offerenti eum reddas. In qua conventione scriptum est in *L. 2. C. de pact. int. empt. & vend. com.* ut contractus fides servetur, actionem præscriptis verbis, vel ex vendito mihi dari. Sed quo in hac specie præscriptis verbis, cum sit certa actio: aut cur hic a regula iuris discedimus, quæ tunc solum concedit venire ad actionem præscriptis verbis, cum certum nomen actionis invenire non possumus? *d. L. 1. eod.* Puto eo factum, quia in hac specie ab initio nihil amplius de sententia veterum admissum fuerit, quam actio præscriptis verbis, ut indicat *L. si vir, hoc tit.* post tandem certa actione recepta, aut constituta (quod factum esse vetere quæstione decisa scribit Ulpianus in *L. si fundus, in princ. D. de leg. com.*) sic illa admissa sit: ut prior, quæ fuerat, etiam maneret. Nam illud quidem de superiore conventione primo dubitatum videtur, an conventio pars emptionis haberi deberet: nec abs re: neque enim prima ratione videtur ea conventio ex emptione esse, quæ eo spectat, ut emptio rescindatur: ut necesse fuerit in hac dubitatione non ex vendito, sed aut nullam, aut præscriptis verbis actionem dare. Sed obtinuit tandem, hanc conventionem emptionis partem esse, & quodammodo pretii partem obtinere: quia sine ea emptio contracta non esset. Cui sententiæ consequens fuit, ut de ea etiam actio ex vendito admitteretur. Arg. in *L. sed Celsus, §. 1. D. de contrah. empt. L. si sterilis, §. si tibi, D. de act. empt.* Cur ergo hæc iam sola non datur, sed utimur etiam actione præscriptis verbis? Nempe quia, quæ ex vetere dubitatione fuerat præscriptis verbis actio, ea semel inducta, etiam nunc manserit. Eadem dicemus in specie *L. si convenit, 6. D. de resc. vend.* in qua ut superiori simili, nempe ad rescindendam venditionem pertinente, easdem actiones dari legimus. Cæterum † 3
in omnibus aliis generibus contractuum, quos certos esse constet, sic datur certa actio, ut alia actio non quæratur. Quæ caussa fuit Paulo videlicet in *d. L. naturalis, §. 1. §. at cum do, & §. sed si facio,* cur, cum de superioribus differeret, ante omnia distinxerit, in illo quidem genere, cum do, ut des: an contraheretur emptio, an permutatio; in illo, cum do, ut facias: utrum esset locatio, an non; in illo vero, cum facio, ut facias: utrum contraheretur mandatum, an non: & simul quando esset emptio, locatio, mandatum, ostenderit. Id eo fecit, inquam: quia in hoc genere diversa omnia cum de repetitione, tum de promissi pe-

titio-

ctione ab illo altero, de quo dicemus postea, esse intellexit. At de eo nihil aperte pronuntiavit. Nimirum quia ex adversativa oratione, quam de altero genere subiiciebat, id satis intelligebatur, & ex genere ac natura eorum contractuum non poterat esse obscurum. Nam † primum quod ad id, quod in his contractibus datum, aut factum est, attinet, id repeti non posse inde intelligimus: non solum quia traditor, ab his contractibus, nisi utroque consentiente, discedi non posse; *L. ab emptione*, *D. de pact.* sed etiam quia contractus eiusmodi sunt, ut quamvis mihi ultro nihil dedisses: tamen solo consensu tibi obligarer, tuque promissum iure a me exigeres. Porro cui actionem ad id petendum damus, multo magis eo dato ad id retinendum exceptionem esse oportet *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. iur.* Iam vero in his contractibus si quid dederim iam, aut fecerim, ut dares, aut faceres: peti posse id, de quo convenit, ut dares, aut faceres, plusquam certum est. Primum non est hic nuda conventio, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci; sed rem dedi, ut dares, aut faceres: ex quo genere civilis actio oritur, quamvis in alium contractum res non transeat, *L. iuris gentium*, *§. 1. D. de pact. L. solent*, *hoc tit.* Tum autem etsi nihil dedissem: tamen iam dixi ex eo genere contractuum, qui proprio nomine appellantur, etiam solo consensu obligationem iure gentium nasci. *d. L. iurisgentium*. Ex quo intelligi debet, loqui nos de iis contractibus, qui rebus quamvis adhuc integris ab uno ex contrahentibus invito altero revocari non possunt. Quod si qui sint, qui possint revocari, qualis est societas, cui renuntiari potest a quovis ex sociis, aut mandatum, quod rebus integris a mandante revocari potest: hæc eorum conditio est, ut revocatione unius non tam desinant, quam videantur nulli fuisse. Unde † eveniet, ut pecunia, quæ hoc nomine data erat a mandante, ut quid 5
emeretur, rebus adhuc integris revocari possit, & possit condictione ob caussam dati caussa non secuta. Quod Ulpianus in hac specie respondit: cum dedi tibi pecuniam, ut servum emeres, & manumitteres. Ait enim, ante quam emeris, competere mihi condictionem ad pecuniam, quam dedi, repetendam. *L. si pecuniam*, *§. si servum*, *vers. item si quis*, *D. de cond. cauſſ. dat. cauſſ. non sec.* Atqui mandatum est, dixerit aliquis. Sed mandatum potest revocari rebus integris, ut dixi: quo facto eo res deducitur, quasi nec fuerit. Dici tamen potest, & fortasse verius, in hac specie nullam omnino ne ab initio quidem mandati obligationem extitisse: quia nihil interfit mandantis, servum extraneo emi, ut ab eo manumittatur, cum ex ea emptione, aut manumissione nihil ad mandantem rediturum sit. Nulla est autem mandati obligatio, seu actio, cum eius nihil interest, qui mandavit. *L. si procuratorem*, *§. mandati*, *D. mand.* Ita in his contractibus, qui proprio nomine appellantur, eo res redit, ut quandiu ex his obligatio est, tandiu ex iis non sit dati repetitio. Quamobrem, ut dixi, quod certum erat, quodque ex adversativa, quam subiiceret, intelligebatur, id Paulus prætermisit: Solum hoc quæstionem habere potuit, cum dedi, aut feci ea lege, ut quid dares, aut faceres, existeretne is contractus, cuius sit proprium aliquod iure civili nomen, ut emptio & venditio, locatio, conductio, aut similes, an alius generis contractus. Id ergo Paulus docuit in tribus illis, cum do, ut des, cum do, ut facias, cum facio, ut facias. Quam autem det in singulis huius rei explicandæ cautæ regulam, operæ pretium est cognoscere.

C A P. III.

Cum do, ut des, quod certi contractus genus, & quando ineatur. Ad *L. naturalis*, *in pr.*

S U M M A R I U M.

1. L. ult. D. de cond. cauſ. dat. *exposita*.

ET in eo genere, cum do, ut des, tunc *emptio est*, inquit, *cum pecuniam do*, *ut rem accipiam*, quod hanc sententiam habet: cum do non rem quamlibet, sed pecuniam: neque pecuniam do, ut pecuniam accipiam, sed ut rem aliam: hac lege interposita, inquam, ut rem accipiam, cum scilicet ita convenit, ut aliam mihi tra-

traderes, aut nominatim, ut aliam rem quampiam accipiam. Nam si rem do, ut aliam mihi des, permutatio est. *L. 1. D. de contrah. empt. L. 1. D. de rer. perm.* si pecuniam, ut pecuniam mihi reddas: est mutuum, *Inst. quib. mod. re contra.*
1 *obl. in pr.* Si † pecuniam pro re quidem, sed hac lege nominatim interposita, ut eam mihi des: est & hic permutatio, contractus innominati genus, non emptio ulla ex parte, ut Celsus disputat in *l. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Est enim hic conventio contraria emptioni: in qua non id agitur, ut necesse habeat venditor rem dare, idest, dominium rei transferre, sed solum rem tradere, ut sic ob evictionem obligetur emptori, *L. ex empto, D. de contrah. empt.* Itaque illud, *ut rem accipiam*, sic accipimus: si nominatim ita convenerit, ut rem accipiam. Nam id cum factum est, perinde valet, quasi dictum esset, ut rem vel datam, vel traditam accipiam, & mihi evictionis nomine obligeris: non tantum quia verbum ad utramque speciem rei traditæ referri potest; sed etiam quia pecunia hinc interveniens, illinc res pro pecunia emptionem contrahi satis arguunt: cuius proprium est, ut ab una parte pecunia sit, ab altera merx, quæ pecunia, id est, pretio æstimetur. *L. 1. D. de contrah. empt. L. 1. D. de rer. permut.*

C A P. I V.

Cum do, ut facias, quando contrahatur locatio, aut non contrahatur. Ad *L. naturalis*. §. 1.

S U M M A R I A.

1. *Facta quæ locari possint, aut non possint.*
2. *Operam non omnem locari posse: & quarum operarum sit locatio.*
3. *Locare quid.*

IN eo autem genere, cum do, ut facias, sic locationem & conductionem contrahi, ait, si tibi pecuniam dem, ut facias, quod sit tale, ut factum soleat, & possit locari. Recte: nam si eo nomine, quod facis, dem tibi non pecuniam, sed rem, locatio esse non potest, propterea quod nec sine mercede locatio est, nec consistit merces, nisi in pecunia numerata. *Inst. de loc. & conduct. in prin.* & §. 1. Sed etsi pecuniam dem, ut quid facias, non potest esse locatio, si id factum sit, quod locari non soleat.

1 Quæ † facta soleant locari, hoc exemplo demonstrat: veluti *ut tabulam pingas* inquit, nempe meam. Nam si tibi pecuniam dem, ut tuam pingas, & pictam, mihi des: emptio erit, non locatio, *L. Sabinus, D. de contrah. empt.* §. *item quæritur*, *Institution. de loc. & conduct.* Quæ autem facta locari non possint, declarat hoc exemplo: puta ut servum manumittas. Hæc ego exempla in utramque partem pro definitione accipio: ut scilicet, si quid tale sit, quod in re nostra exerceatur, collocetur, ut sic per rem nostram ad nos redeat, sit factum tale, quod locari possit: veluti ut me vehas, ut insulam in area mea ædifices, ut tabulam meam pingas, ut vestimenta mea polias, sarcias, ut ex auro meo mihi annulum conficias, & quæ sunt eiusdem generis. Contra vero si id, quod fit, non fiat in re dantis, ac nec possit: sit factum eiusmodi, in quod locatio non cadat. Animadverto enim, non tantum placere tunc locationem non contrahi, cum pecuniam tibi do, ut Stichum manumittas: in qua specie dici potest, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit: quia momentarium sit, & nullum laborem nullamque operam desideret; sed etiam tum, cum do pecuniam, ut Romam eas. Cum enim in *L. D. 5. de cond. caus. dat.* dicitur, in hac specie pecuniam revocari posse rebus integris, si me pœniteat: satis declaratur locationem non esse contractam; alioqui ab ea invito altero recedere non liceret. Atqui ut Romam eas, sine opera & labore tuo non perficitur. Cur igitur non est id factum, quod recipiat locationem? Non video, quæ hic alia ratio reddi possit, quam quod ut manumissio servi in re dantis non exercetur, ac nec potest: sic nec profectio, quæ Romam suscipitur, alia in re potest exerceri, quam in iis locis, per quæ commeatur: quæ dantis non esse constat. Nam quod Bartolus *ad L. 5. D. de cond. caus. dat.* tunc dicit, locationem in hac specie posteriore non contrahi, cum is promittit se iturum esse; aliter si dem cursori, qui soleat

soleat operas locare: facit contra Ulpiani manifestam sententiam, qui ut repetitionem det, non personæ accipientis, sed solius huius facti habet rationem. Legi-
1 mus † quidem locari posse operas, ut *in L. qui operas, D. loc.* sed hoc non significat, ubicumque opera est, eam locari posse. Locare potest operas artifex, ut mihi domi pingat, ut ædificet, ut scribat; sed non erit locatio, si mihi operam præbeat, ut Romam eat, ut iam diximus. Accedit ad huius sententiæ confirmationem quod in *L. Sabinus, D. de contrah. empt.* scriptum est, sic locationem videri, si aream darem ut insulam ædificares: quoniam tunc a me substantia proficiscatur. Ex quo colligitur, ubi substantia rei non proficiscatur ab eo, qui dat pecuniam, ut in ea labor locationis ponatur, locationem non contrahi. † A quo locationis 3
nomen abhorrere non videtur. Sic enim dicitur locare a loco: ut nisi re accepta, in qua tanquam constituto in loco operam suam locet & conductori impendat locator, non sit locatio.

C A P. V.

Cum facio, ut des, quod contractus genus.

S U M M A R I U M.

1. *Societatem contrahi, cum do tibi equum, aut pecus pascendum, ut si post certos annos væniisset, pretium inter nos communicaretur.*

IN illa specie, cum facio, ut des, nihil dicit Paulus, quando locatio contrahi intelligatur: quia hoc ex superiore satis intelligitur. Nam si cum do decem, ut insulam mihi ædifices, a me conductio est: necesse est te, qui ædificas, ut tibi dem ea decem, locatorem videri: de quo
1 paulo post plura. Interdum † in hac specie societas contrahitur: ut si dem tibi pecus pascendum, aut equum nutriendum, ut si post certos annos væniisset, pretium inter nos communicaretur: hic trado rem, ut pretii partem mihi des. In eo placuit esse societatem, *L. si tibi rem, §. 1. eod.* Nisi quis dicat videri me tibi dare pecus, aut equum, cum permitto tibi vendere: quod non ita est. Nominatim enim in *d. L. si tibi rem, §. 1.* scriptum est, hic dominium manere, qui prius fuerat.

C A P. VI.

Cum facio, ut facias, nullum hic certum genus contractus exsistere. Ad *L. naturalis, §. sed si facio.*

IN ea specie, cum facio, ut facias, de qua in *§. sed si facio*, ostendit, si mutuum mandatum sit, non contrahi negotium, quod in proprium nomen contractus transeat. Nos generaliter definiemus, nunquam in hac specie id negotium contrahi quod certo nomine appelletur. Aut enim mutuum mandatum est: ut si pacti simus, ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem: quo exemplo Paulus utitur in *d. §. sed si facio*. Aut mutuum commodatum: ut si placuerit inter nos, ut ego tibi meum bovem in denos dies, tu tuum mihi commodares: quæ species est. *L. si gratuitam, §. si cum unum eod.* Si mutuum mandatum est: neutrubi est mandatum, quia non est gratuitum, *L. si tibi rem, §. 1. eod.* Si mutuum commodatum est: probandum est, eadem ratione neutrubi esse commodatum. *d. L. si gratuitum, §. si cum unum. eod.* Neque vero mutua facta in alias species cadere videntur.

CAP.

C A P. VII.

Quod ob caussam datum sit, caussa non secuta, revocari posse condictione: & hoc, quicumque casus accipienti obstiterit, quominus caussa sequeretur.

S U M M A R I U M.

1. L. naturalis, in principio, *illic*, Sed si scyphos, *explicatur*.

Atque hoc ius est de his quatuor generibus negotiorum, cum res in aliud nomen contractus transit. Quod si negotium manebit in suo nomine, & nulla hic alia obligatio contrahetur, quam ob rem dati, re non secuta: ius in utramque partem commutatur: sive de eo, quod datum, aut factum est, revocando agetur; sive de eo consequendo, quod ex conventione vice mutua dari, aut fieri debuit. Ac de eo, quod datum factumve est, revocando prius dicemus. In quo genere alia facti ratio est. Neque enim ut fundum quem tibi dedi, ut mihi Stichum dares, repetere natura possum, cum exstet: sic cum servum manumisi, aut quid aliud feci, ut dares faceres, ego mutare factum possum, & efficere, ut res in suum locum restituatur, id est, factum infectum reddere. Proinde & hæc nobis ordine distinguenda sunt. Ergo si dedi tibi quid, ut aut vicissim dare, aut vicissim quid faceres, & de re, quæ data est, quæritur: certi iuris est, si hanc recipere velim, posse me datum repetere, quasi ob rem datum re non secuta, constituta in eam rem propria condictione, nimirum ob caussam dati caussa non secuta. Neque in eo refert, utrum dederim, ut des, ut in permutatione; an dederim, ut facias: veluti ut Stichum manumittas. Hæc Paulus in *d. L. naturalis, in pr. §. at cum do, & §. quod si tale*. Qua in quæstione cum res ad condictionem ob caussam dati pertineat, nempe eo revocanda est, & ex eius præceptis & ratione explicanda.

Illud notandum est, sic caussa non secuta esse dati condictionem: ut ad facultatem repetendi nihil intersit, utrum ideo non des id, quod te dare oportuit, quia nolis; an vero quia non possis: & quominus possis, utrum casu, an culpa impediare. Utputa, si tibi scyphos dedi, ut mihi Stichum dares: etiam mortuo sine culpa tua Sticho, scyphos a te condicere potero, auctore Celso in *L. ult. supr. de cond. caus. dat.* Et recte: dedi enim ob caussam: quæ si secuta non est, condictioni locus factus est: quia conditio eius exstitit. Et quamvis casus in re tua inciderit, tamen si alterutri nocere debet: æquius est, eum domino nocere, quam mihi. *L. pignus, C. de pig. act.*

1 Non † adversatur huic sententiæ, quod Paulus scribit in hac specie Stichum, quem pactus es te daturum, periculo meo esse, qui scyphos dedi. *d. L. naturalis, in princ. vers. sed si scyphos*. Est enim periculo meo eo sensu, quo res debitæ dicuntur periculo esse creditoris. Hoc autem periculum creditoris in rebus debitis peremptis intelligitur, ut debitor in his liberetur, nec illæ scilicet iam amplius ab eo peti possint. *L. si ex legati caussa. D. de verb. obl. L. quod te, D. si cert. pet.* Cæterum si qua alia petitio fuit creditori, ea non tolletur. Proinde non eo minus, quod dedi, condicere potero: utpote ob caussam datum, quæ caussa secuta non fuerit. Hæc enim alia obligatio & actio est, ut dixi. Nec quisquam mihi dicat hoc modo fieri, ut hic nihil mihi pereat, si quod dedi, recipiam. Satis enim perit, quod Stichi æstimationem petere non possum, si is forte duplo pluris fuerit, quam quod dedi; & tamen eo, quod dedi, iubear esse contentus.

CAP.

CAP. VIII.

De revocatione facti, cum Facio, ut des, aut facio, ut facias, in iis contractibus, qui in aliud nomen non transeunt. Ad *L. naturalis*, in extremo.

SUMMARIA.

1. *Cum feci, ut dares, aut faceres, caussa non secuta agi posse in id quod nostra interest, id factum esse.*
2. *Facti revocandi caussa actionem esse de dolo: & qua conditione. & num.* 3 L. cum proponas, C. de dolo, *exposita ibid.*
3. *Datum sit quid ob caussam, an factum, quid intersit in iure eius revocandi, cum caussa secuta non est.*
4. *Facti revocandi caussa actionem esse intra duos annos de dolo: post id tempus in factum. Decerni actionem de dolo quam recte dicatur. ibid.*
5. *Facti revocandi caussa esse condictionem ob caussam, cum debitori meo acceptum tuli, ut quid dares, aut faceres: & cur in hac specie.*

ALia, ut dixi, facti conditio est. Nam aut in eo præter factum mihi nihil aberit, ut cum pinxi tabulam, cum insulam ædificavi in tuo, cum servum furem tibi iodicavi; & hic nihil est, quod revocetur: avolavit enim statim opera, & indicium, ut nihil iam maneat, quod possit vel revocari, vel mutari. Aut eo facto abest aliquid, ut cum Stichum manumisi, ut dares: cum Titium liberavi tuo nomine, ut me quoque liberares. Et hic plerumque ea res abest, quæ iam plane esse desierit, nec possit revocari: ut, servo manumisso abest servitus, quæ revocari nullo modo potest. Plerumque ita abest, ut ad eum, cum quo pacti sumus, non pervenerit: ut ne sic quidem ab eo repeti possit, ad quem non est profecta. itaque sane de his condictio ob caussam non competit.

1 Sed † nihilominus & de eo retractando vi ipsa agi potest, si quid forte eo facto nobis aberit, quod pleris sit, quam quod nobis vice mutua promissum est: non ut ipsum, quod non dedimus, condicatur; sed ut in id agamus quod nostra interest, id factum non esse, quod fecimus: ut, si manumisi Stichum, ut Pamphilum manumittas, prius quam manum miseris, possim tecum agere, quanti interest mea servum habere, quem manumisi, ut Paulus scribit in *d. L. naturalis, §. ult.* Quod si id tum fieri potest, quum manumisi, ut alium manumittas: etiam tum eodem modo agere licebit, cum manumisi Stichum, ut mihi decem dares, idest, non solum cum feci, ut faceres, sed etiam cum feci, ut dares: quia utrobique idem factum est, & tu non dando, aut faciendo pariter fidem non præstas. Sed de actione Paulus nihil exprimit.

Verum † erit in eam rem de dolo actio, 2 ut declaratur in *L. cum proponas, C. de dolo*. Manumisi ancillam meam, quæ apud te in contubernio erat, ut mihi Pamphilum dares. Pamphilum non das: quærebam de ancilla, an eam in servitutem revocare possem. Rescriptum est, revocandæ libertatis potestatem me non habere, sed solum desiderare posse de dolo mihi decerni actionem, nempe ad revocandam ancillam, ut Bartolus recte accepit, & nos postea pluribus ostendemus. Recte vero, de dolo in hanc speciem, ubi videlicet nulla est alia iuris civilis actio. Deest enim condictio, quæ de iis, quæ data non sunt, ac præsertim quæ in commerciis esse desierunt, nulla est. Atque esse in hac specie de dolo actionem in id, quod mea interest, ancillam non manumissam, ubi libertas revocari non potest, licet intelligere ex *L. verum, in princ. D. de minor.* ubi & minori, qui deceptus ancillam manumisit, quia ancillam in servitutem revocare non potest, ideo datur de dolo actio, & datur in id, quod eius interest, ancillam non manumissam.

3 Sed † cum hanc actionem in his dari dicimus, hoc ipsum primum nos admonet, eum, qui Pamphilum ex conventione non manumitit, sic teneri ea actione in id, quod mea interest ancillam a me non manumissam: si per eum stet, quominus Pamphilum manumittat. Cæterum si paratus sit, eum manumittere, aut etiam Pamphilus sine dolo malo eius perierit, hac actione non teneblitur. Non enim dolo facit, qui paratus est vivum manumittere, aut eum, qui non est, aut quem in potestate non habet, manumittere non potest. In quo quid datum a facto etiam in

in hac tractatione differat, potest animadverti. Nam condictio ad datum repetendum datur, etiamsi adversarius dare, aut facere paratus sit quod promisit, tantum ut dantem pœniteat. *L. 5. D. de cond. caus. dat.* non item datur de dolo actio in id, quod facientis interest, si per adversarium non stet, quominus quod convenit, impleat.

4 Iam † quoniam de dolo actio hic datur, consequens est intra constitutum tempos dari, ut est comprehensum *d. L. cum proponas, C. de dol.* Id tempus olim annus utilis fuit, nunc biennium continuum ex constitutione Constantini, *L. ult. C. de dol* Recte vero eodem rescripto dicitur decerni hæc actio, quæ datur caussa cognita. *L. 1. D. de dol.* nam decernere dicitur magistratus, eum aliquid caussa cognita tribuit. *L. 3. §. si caussa, D. de bon. possessionib.* Quid post biennium? nulla ne erit actio? imo erit utilis, seu in factum, in idipsum, quod mea interest, ut scriptum est in *d. L. verum, de minor.* Neque enim hic actio pœnalis est, ut quis dicat eam post annum non competere; cum detur de eo, & quod nobis abest, & quod in rem adversarii versum videtur, cum ex voluntate eius factum sit. Arg. *L. 3. §. nec non illud, D. de in rem vers.* Sane † accidit interdum, ut 5 quis quid prima ratione videatur fecisse, vi autem ipsa eo facto aliquid in adversarium contulerit, itaque ei dederit: ut fit, cum creditor debitorem suum liberat, acceptum ei ferendo ea lege, ut debitor vicissim quid det, aut faciat: sic enim creditor liberationem, rem incorporalem confert in debitorem. Proinde mirum videri non debet, si eius liberationis nomine condictio datur. *L. 4. D. de cond. caus. dat.*

C A P. IX.

De eo, quod convenit, ut daretur, aut fieret, an sit, & quæ sit actio in quatuor generibus contractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. Ac primum de his tribus, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias.

S U M M A R I A.

1. *Furti actionem & condictionem furtivam esse, non actionem præscriptis verbis, ut fiat quod convenit, cum dedi tibi rem meam inspiciendam, explorandam, ut postea reposcenti reddas.*
   L. Si gratuitam, §. Papinianus, D. de præs. ver. *explicatur. ibid.*
2. *Præscriptis verbis actionem ex contractu incerto esse, ut præstetur id, de quo convenit, si maleficium aberit: atque hanc solam, excepto precario, cuius nomine & hæc actio est, & interdictum de precario.*
3. *Præscriptis verbis actio ubi erit, ibi actioni de dolo locum nunquam esse.*
4. L. permisisti, D. de præs. ver. *exposita.*

HÆC de eo, quod datum, aut factum est, revocando dicta sunt. De eo, quod pacti sumus inter nos, ut dares, aut faceres, si forte id petere malim, videamus. In quo natura prima est quæstio, an sit actio ex eo genere conventionum. Sed esse constat, de quo satis diximus *L. legem, C. de pactis*. Hoc constituto, secunda quæstio introducitur, quænam hic actio competat, certane & vulgaris, an præscriptis verbis: incerta, an de dolo. Et interdum certa dabitur. Quod si fit, cessabit, præscriptis verbis. Quid ergo, ex contractu incerto certa actio esse poterit, dixerit aliquis? Minime: sed potest in eam rem, quæ ex conventione præstari debet, maleficium incidere, quod de eadem re nobis certam actionem subministret: quæ cum extiterit, ita dabitur, ut non sit alii actioni locus.

Maleficium † quod dico, non in quovis genere contractuum ex superioribus incidere potest; sed in eo solum, cum facio, ut facias: neque id in quavis specie eius generis, sed tunc solum, cum rem meam tibi trado, puta utendam, inspiciendam, explorandam, ut postea reposcenti reddas. Hic enim evenit, ut si recte reposcenti non reddas, & res apud te sit: tu eius rei furtum facias. Quo fit, ut & tecum furti agere possim, & rem condicere a te, & de ea ad exhibendum agere: idque ita scriptum est in *L. si gratuitam, §. Papinianus, hoc tit.* Sed ibidem additum est de Papiniani sententia, ita me in proposito superioribus actionibus 1

bus experiri posse, si mihi liqueat rem esse apud te: non quod si ignorem, eo minus re ipsa furtum facias; sed quia frustra furti agam, si ignorem, utrum res apud te sit, atque ita eam contrectes, ubi neque de contrectatione tua, idest, furto affirmare possim, neque id probare. Interim hoc constat, cum liquebit rem apud te esse, hic mihi de re, quam ex conventione reddere debeas, certam & vulgarem actionem esse propositam, condictionem furtivam, quæ in hanc speciem certo incidens etiam præscriptis verbis actionem excludet: ad quam solum tunc confugere possumus, cum deficiunt vulgaria nomina & usitata actionum. *L.* 1. & *L.* 2. *eod.* Id vero ipsum est, quod in *d. L. si gratuitam*; §. *Papinianus*, scribitur: ita demum mihi præscriptis verbis actionem in proposito competere, si ignorem, ubi sit res, quam mihi non reddas. Iam enim effectum est, hoc casu furti agi non posse. Sed hæc, inquam, certa actio ad petendum id, quod conventione præstari de-
* buit, ex maleficio est, quod in rem, quæ
2 restituenda erat, cadit. Quod † si nullum maleficium in eam rem incidens nullatio extrinsecus certam actionem dabit: hic certum est, ex contractu incerto actionem certam & vulgarem esse non posse: cum unaquæque ex ipso contractu nomen habeat. *L.* 3 & 1. 4. *eod.* Quæ igitur hic erit actio? Et generaliter definitum est in *L.* 2. & *L.* 3. *eod.* esse, præscriptis verbis. Sic enim verba sunt: *nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est: ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt.* Sed an ita est in his generibus contractuum actio præscriptis verbis, ut sit sola: an vero etiam hac admissa, alii remedio locus esse potest? Et interdum de eadem re non actio, sed interdictum locum habet, quod tamen in una specie precarii receptum video: quo sic interdictum propositum est, ut possit etiam eo nomine agi præscriptis verbis. *L.* 1. §. 1. *L. duo*, §. *ult. infra, de prec.* Cæterum neque alibi interdictum, neque in ullo genere omnino alia actio cum actione præscriptis verbis concurrere potest. Ita fit, ut hæc sic in his generibus competat, ut preca-
5 rio excepto sit sola. Illud † quidem certe extra controversiam esse debet, ubi actionem præscriptis verbis dari statuerimus: ibi actioni de dolo locum esse non posse: ut quæ ex edicto nominatim tantum detur hac conditione, si de his rebus alia actio non erit. *L.* 1. *supr. de dolo.* Ac de tribus generibus minus dubitatur, cum do, ut des; cum do, ut facias; cum facio, ut facias. Nam in unoquoque horum nominatim præscriptis verbis actionem dat Paulus in dicta *L. naturalis, in prin.* §. *at cum do*, §. *quod si tale*, & §. *sed si facio.* Quo admisso, etsi de actione de dolo nihil adiiciat, tantum illo edicto posito, quod dixi, sua sponte satis intelligitur hanc non competere. Quominus tamen de his ipsis tribus generibus dubitetur, aut etiam ne istorum desiderentur exempla, ipsa capita alia, quæ tam multa sub hoc titulo leguntur, exempla & fidem huius sententiæ subministrabunt, quæ nunc breviter indicabo. Ergo primi generis exempla hæc sunt: do servum æstimatum, ut mihi eum reddas, si de crimine, cuius eum insimulabas, non compereris. *L. si dominus*, 8. Venditum fundum tibi trado, ut si velim, eodem pretio mihi transcribas. *L. si vir*, 12. Do tibi rem vendendam æstimatam, ut rem, aut pretium reddas. *L. si gratuitam*, 17. § 1. Dedi tibi aream, ut insula in ea ædificata, eius insulæ partem mihi redderes. Dedi puerum, ut eo vendito, pretium inter nos communicetur. *L. si tibi reus*, 13. §. *Iulian.* Ad secundum genus hæc pertinent: do insulam, ut mihi aliam ædifices, *L. insulam*, 6. Do decem, ut Stichum manumittas. *L. si tibi decem*, 7. Accepto te liberavi, ut nomen Titii mihi delegares. *L. ob eam caussam*, 9 Tertii generis hæc sunt exempla: Permisi tibi cretam eximere, ut eum locum, unde exemisses, repleres. *L. permisisti* 16. Concedo tibi inhabitare ædes meas. Ut cum mihi visum erit, reddas. *L. si gratuitam*, 17. *in pr.* Do rem inspiciendam, ut reddas. *d. L. si gratuitam*, §. *Papinianus*, & §. *si cum mihi*, *L. duo* 23. Commodo tibi bovem, ut mihi alternis tuum commodes. *d. L. si gratuitam*, §. *si cum unum*. Certo cum adversario, & vinco, ut mihi annulos sponsionis caussa ab illo apud te depositos ex sponsione mihi victori restituas. dicta *L. si gratuitam*, §. *ult.* Prædium pro te obligavi, ut mihi fideiussorem præstares, *L. rogasti*, 19. §. *ult.* Reliqui argentum apud te, ut si displicuisset, redderes, *L. apud* 20. §. *ult.* In quibus omnibus reperiemus suprascriptis in locis præscriptis verbis, seu quod idem est, in factum actionem civilem dari. Sed num etiam de dolo dabitur? Et iam dixi prohibere edictum de dolo, quo ita comparata est de dolo actio, si de his rebus alia actio non erit. In quo tamen nos impediunt *L. cum* pro-

proponas, *C. de dol.* & *L. permisisti*, §. *ult. hoc tit.* Nam in priore respondetur, eum, qui ancillam suam dedit, ut Pamphilum acciperet, nullam aliam actionem habere quam de dolo. In posteriore proponitur aliquis permisisse mihi, ut ferrem in fundo suo, & fructus tollerem: cum fecissem, non pati me fructus tollere. Respondetur in hanc rem nullam iuris civilis actionem esse, at esse de dolo. Sed in *L. cum proponas*, de revocanda solum ancilla, quæ data erat, agitur. Cuius rei nomine recte dicitur, solam actionem de dolo competere: cum alia deficiat, ut paulo post, cum de quarto genere agemus, pluribus demonstrabimus. In † *L. permisisti*. Nullum negotium civile gestum est inter nos, cum permisisti mihi, ut ferrerem in fundo tuo, & fructus tollerem. Apparet enim hic nihil me fecisse, ut vicissim mihi dares quid, aut faceres: sed solum me fevisse, ut mihi ipse consulerem. Quod si actio præscriptis verbis solum ex contractibus est, *L.* 3. *eod.* consequens est, eam ex hoc facto competere mihi adversus te non posse. Restat igitur, ut sit de dolo, ne impune me deceperis. 4

C A P. X.

Cum facio, ut des, neque locatio contrahitur: unam hic quoque esse actionem præscriptis verbis, ut & in suprascriptis generibus: & quibus locis iuris id confirmetur. *Ad* §. *quod si faciam*, *L. naturalis*.

ERgo, ut dixi, de tribus illis generibus minor est dubitatio, cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut facias. De quarto genere, cum facio, ut des, nihilo magis dubitaremus, quam de superioribus si non tantum quid superioribus locis generaliter definiatur, spectaremus; sed etiam quid de hac specie nominatim ab aliis iuris auctoribus traditum sit, & quod ad rem maxime pertinet, quam sit eadem ratio in hac specie, quæ aut in superioribus generibus hanc actionem denegare, aut illa admissa in hoc quoque genere admittere debeat. Sed Paulus nobis dubitationem attulit: cuius in *L. naturalis*, §. *quod si faciam*, de eo ipso genere hæc verba sunt: *Quod si faciam, ut des, & postea quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio: & ideo de dolo dabitur.* Id quod si de eo dictum intelligimus, cum de re promissa agitur, ut omnes ante nos magno consensu facere animadverto: incurrit ea sententia in eas difficultates, quas nulli adhuc iudicio meo expedire potuerunt, nec mirum: cum omnibus de hac re scriptis locis, & rationibus prope exploratis hæc sententia velut irretita teneatur. Ego autem, quod bona venia doctorum hominum, qui de hac re scripserunt, facere liceat, sic statuo, audentius fortassis, vere tamen: etiam in hoc genere, cum facio, ut des, & posteaquam feci, cessas dare, siquidem de eo quod dare debuisti, agatur: esse mihi adversus te eo nomine præscriptis verbis actionem: idque non tantum, si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur. Addo sic esse in ea causa actionem præscriptis verbis, ut non sit de dolo. In quo quoniam obstant nobis Pauli verba, & me in his explicandis ab aliis omnibus etiam doctissimis interpretibus dissentire intelligo, putavi de eo mihi paulo pluribus & diligentius esse disserendum. Ac primum illud doceamus, esse in hac specie adversus eum, qui non det, actionem præscriptis verbis. Sunt vero in hanc sententiam tam multi, & hi diserte scripti loci, tam multæ neque hæ dubiæ, aut obscuræ rationes, ut his obiectis quid cæteris in hac quæstione accidat, nesciam; me quidem, cum illa expendi diligentius, pudeat, & valde quidem pudeat contra sentire. Et in locis huc pertinentibus non minimam vim habere debet illa definitio non infinite, sed, universali particula addita, concepta, quæ legitur in *L.* 3. *D. eod.* cum ita definitur, *ad præscriptis verbis actionem confugere necesse esse*, *quoties contractus exsistunt*, *quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt*. Dixit Iulianus, *quoties contractus exsistunt* ergo & tunc, *cum facio*, *ut des*, nam & hic exsistit contractus, cuius iure civili nullum est proditum nomen. Sed quia nihil aperte & nominatim de eo, quod quærimus, dicitur, eam definitionem omittamus: eos locos, qui de specie ipsa scripti sunt, consideremus. Ac præcipui loci, quibus de hac specie superior sententia statuitur, vel potius pene diserte expressa est, sunt tres. *L. iurisgentium*, §. 1. *supr. de*

de pact. L. solent, L. si tibi polienda, hoc titulo. Ex quibus quia duo priores, quamquam dilucide scripti vocantur a nonnullis in quæstionem, melius erit, ne qua dubitatio relinquatur, eorum sententiam paucis expendere.

CAP. XI.

In specie proposita in *L. iurisgentium, in princ.* illic, & *puto, D. de pact.* esse id negotium, cum facio, ut des, non cum do ut facias.

SUMMARIA.

1. *Valde errare eos, qui in specie tractata* L. iurisgentium, in pr. *illic,* & puto, *putant proponi negotium, do, ut facias: cum perspicue id sit, in quo facio, ut des, cuius nomine ei, qui fecit, datur præscriptis verbis actio.*
2. *Contractus Do, ut facias, aut facio, ut des, absurdum esse ita dici ex conventione sola præcedente dandi, aut faciendi.*
3. *Contractus Do, ut facias, facio, ut des, ex implemento, idest, ex eo, quod vere datur, aut fit, non ex conventione esse existimandos.*

IN *L. iurisgentium, in pr.* proponitur hæc species. Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres: manumisisti. Stichus, quem tradideram, evictus est. Unde apparuit eum datum non fuisse: non enim datur, cuius dominium non transfertur. *§. sic itaque, Inst. de act.* Non fuisse autem translatum, ex eo planum factum est, quod sit ab alio evictus, qui dominus esset. Itaque petis, ut Stichum tibi dem, quem tibi ex conventu dare debui, ut Pamphilum manumitteres: & de actione quæsitum est. Diserte illic scriptum est, esse tibi in hanc rem civilem actionem, & eam præscriptis verbis. Atqui nihil aliud hic reperietur, quam manumisisse te Pamphilum, idest, fecisse, ut Stichum darem.
1 Immo, † inquit Accursius, hic est, do, ut facias, sic enim appellat negotium illud, cum do, ut facias. In quo ego, ne quid dicam gravius, Accursi, & veterum illorum, quorum ille in hac re sententiam secutus est, sæpe iudicium requiro. Nam, ut verum quod est, dicere liceat, quis non videt hæc verba, do, ut facias, mihi in hac specie convenire non posse? quomodo enim ego dici possum dare, ut facias: cum constet me hic neque dare quidquam, neque dedisse? Ergo profecto in hac re non recondita aliqua ratione, sed sensu communi Accursius refellitur. Quid si neuter nostrum dedit alteri? potestne alteruter ita dicere, ego dedi, ut facias? atqui neutrum dedisse perspicuum est, nam tu quidem manumisisti Pamhilum, non dedisti quidquam; ego Stichum tibi tradidi: sed tradidi dumtaxat, non dedi. Non enim dominium transtuli, cum dederim alienum, & eum, qui postea sit evictus. Absit igitur, ut hic quisquam dicat esse contractum, ut ille loquitur, do, ut facias, ubi neutrubi datum quidquam proponatur. Sed quid verbis opus est? an non certum est te fecisse, idest, manumisisse? cur manumittebas? an non, ut Pamphilum, qui tibi a me traditus est, haberes, idest, ut traderem cum re, idest, darem? Quisquamne igitur negare possit fecisse te, ut darem: non me dedisse, ut tu faceres? Immo, † inquit ille, est 2
do, ut facias (liceat enim mihi ita nunc cum illo loqui) quia convenit, ut prius darem, etsi tu faciendo antevertisti. Hi autem contractus ex eo, quod initio convenit, non ex eo, quod secutum est, sunt appellati: ut si convenerit, ut darem, tu faceres, sit id, quod appellat, do, ut facias, quamvis tu prior feceris, ut hic: si contra convenerit, ut ego manumitterem, tu dares, sit id, quod vocat facio, ut des, etsi tu prior mihi dederis. Iam mallem prius illud sine ulla ratione pro sua auctoritate sibi credi Accursius voluisset, quam ad id probandum tam absurda ratione uteretur. Quid enim, quæso, absurdius, quam dicere hoc negotium, do, ut manumittas, ex eo, quod non est, esse appellatum? atqui hoc dicitur ab iis qui ex conventione de dando hæc negotia dicta esse volunt. Nam profecto cum paciscimur solum, ut dem tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, in hac conventione non est id, quod dicitur, do. Revera enim nihil do neque dedi, &, quod præcipue animadvertendum est, nec dare volo: alioqui non nunc mecum ageretur, ut darem. Quomodo igitur ex conventione dicatur hoc negotium, cum id unde negotium dicitur, non sit in conventione? Si convenisset, ut Stychum manumitterem, tu Pamphilum dares, nemo ferret, si dicerem esse ne-

gotium, do, ut facias: aut si convenisset, ut ego facerem, ut tu faceres, nemo non rideret, si dicerem esse do, ut des: scilicet quia non esset in re, & conventione, quod his verbis exprimo. Quis potius igitur me ferat, cum convenit, ut dem, postea, ut tu facias, ubi constat me plane nihil dare: si ego id factum dicam esse do ut facias? Nisi forte, quia conventione id agitur, ideo ego dicendus sum dare. At hoc multo dictu est absurdius: quasi vero ideo dem, quia convenit, ut darem: aut quasi hæc eadem sint, dabo, ut facias, & do, ut facias. Atqui apparet, quantumvis convenerit, ut darem, me tamen non dedisse, neque nunc ob aliam caussam mecum agitur, quam quia non dedi. Sed cur laboramus? hoc ipso, quod convenit, ut dem, natura ipsa intelligitur me non dare. Sunt enim hæc duo, dabo & do, ita non diversa tantum, sed etiam contraria, ut sint ex genere eorum, quæ aientia & negantia appellantur. Qui dat, iam nunc rem repræsentat, & in posterum negat se daturum, quia iam implevit, quod debuit. Qui se dicit daturum, is dicit se nunc non dare, at postea daturum esse. Hæc qui eadem esse putat, fateatur se hoc dicere, aientia & negantia esse ea-
3 dem. Ut † paucis rem omnem definiam, hæc negotia, do, ut des, do, ut facias, & reliqua similia, dicta sunt ex eo quod est, non ex eo, quod non est. Cum autem convenit, ut dem Stichum, ut Pamphilum manumittas, in conventione non do, ut manumittas: sed tunc solum, cum impleo re, quod verbis promisi. Non sunt igitur hæc verba conventionis, sed implementi: & quod idem est: non sunt hæc verba, seu negotia ex conventione, sed ex implemento æstimanda. Hoc neque verius quidquam, neque certius. Itaque sententia Accursii omnibus cordatis interpretibus merito semper displicuit: Bartolo in primis, qui ad hoc veterum commentum refellendum rationes (si quis forte plures desideret) non ineptas multas attulit, ad *L. naturalis, §. sed si facio:* ut profecto, qui hac etiam ætate eandem sententiam renovant, hi, ut dicam levissime, magnam mihi existimationi suæ iniuriam facere videantur. Est igitur, ut ad id, quod probare institui, redeam, in superiore specie id negotii genus, cum fecisti ut darem, neque do. Iam vero in eo genere diserte scribit Ulpianus, esse præscriptis verbis actionem, neque id defunctorie, & velut obiter, sed ex professo, idque de veterum sententia: reprehenso etiam nominatim in ea re Iuliano, qui diversum sentiret. Et ut intelligeremus in hoc exemplo consistendum non esse: addita est præterea nominatim ratio, quæ ad omnes contractus, in quibus facio, ut des, vel quod idem est, facis ut dem, sine ulla dubitatione pertineret. Quare ex eo loco, quid illi in hac specie placeat, tenendum esse de actione præscriptis verbis, dubitari non debet.

C A P. XII.

In *L. solent*, 15. *D. de præsc. verb.* proponi id negotium, in quo facio, ut des: & tamen si non des, dari mihi præscriptis verbis actionem, quamvis dolo facias, ne des.

S U M M A R I U M.

1. Nisi quis dicat, *verba esse Latinis, ut plurimum non excipientis, sed repudiantis, quod subiicitur.*

IN specie 1. *solent, hoc tit.* nemo negat proponi id negotium, de quo quærimus, cum facio, ut des. Indicavi enim tibi servum tuum furem, ut mihi decem dares. Et ne Accursius exemplum repudiet, quasi ab initio ita convenerit, ut tu prius dares, ego indicarem, ut sic fiat illud, quod appellat ex conventione, do, ut facias: nominatim ita rem proponit Ulpianus, ut pactio intercesserit ob indicium, & hoc quid sit, interpretatur. *Hoc est*, inquit, *ut si indicassem, apprehensusque esset fugitivus, tum certum aliquid daretur:* ut vel ipso iudice Accursio fatendum sit, sive ex conventione, sive ex implemento res æstimetur, esse id negotium, quod vocat, facio, ut des. Quid autem Ulpianus in hac specie, quam dat actionem? & hic illius verba sunt, *habere hanc conventionem in se negotium ali-*

aliquod: ergo civilem oriri posse, idest, præscriptis verbis. In quo plane dixit, quod quærimus, & ita dixit, ut adiuncta etiam ratione confirmaret, ne forte de eo dubitaremus. Sed enim Ulpianus subiicit continenter hæc verba: *nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Quibus verbis existimet fortasse aliquis Ulpianum mutare, quod prius dixerat. Sed tantum abest, ut mutent hæc verba priorem sententiam, ut statuant & confirment potius.

1 Iam † primum non sunt hæc verba, ne quis erret, excipientis, aut approbantis, quod ab aliis ita dici possit, ut subiicitur; sed repudiantis potius, seu indicantis neminem id esse dicturum: quia ineptum sit, & minime recipiendum, quasi dolo tuo remoto, præscriptis verbis actio mihi adversus te dari debeat; dolo autem tuo interveniente, ubi idem factum tuum sit, eadem actio dari non debeat. Scio hæc verba, *nisi quis dicat, nisi si quis dubitet*, interdum habere correctionem præcedentium: sed hoc tunc fieri observabimus, cum is, qui scribit, & his verbis utitur, nominatim adscribit se hanc correctionem probare, ut fit in *L. si mihi pure*, 59. *D. de legat*. 2. At ubi nihil tale adscriptum est, animadverti veteres his verbis uti solitos, eum sententiam alienam recitant, quam tamen vel improbent, vel etiam contemnendam putent: ad quam ideo non respondeant pluribus, quia non existiment magna refutatione indigere. Notæ sunt illæ formulæ orationis Ciceroni familiares, *nisi forte quis dicat, nisi vero quis putet:* quibus nunquam fere ille uti videtur, nisi cum id, quod subiicit, significare vult, aut neminem esse dicturum, aut non esse tale, quod nos movere debeat. Sed ne quis cavilletur nos ista ad normam loquendi Ciceronis importune exigere, nostrorum testimoniis, atque adeo eiusdem auctoris Ulpiani, de cuius verbis nunc agitur contentus ero. Isto vero sensu, quem dixi, his verbis duobus in locis ille ita usus est, ut nemo, lectis locis, possit dubitare, *L*. 2. *§. tractari*; illic, *nisi forte quis putet*, D. ad senat. Tert. *L. & elegan- ter*, *§. servus pactionis*. illic, *nisi forte quis* D. de dol. Aliter nostri aliquando, sed rarius, ut in *L. Lucius* 31. *in fin. D. de adm. tut. L*. 2. *§. si quid in loco*, *D. ne quid in loc. pub.* Quæ ut ita non esse quis concedat; tamen vide, quam nihil superiorum verborum ulla interpretatio nos de priore sententia Ulpiani dimovere debeat. In illis verbis postremis, *nisi quis* in hac specie, inest, inquis exceptio & correctio præcedentis sententiæ. Sit sane ita: attamen, quod ex verbis apparet, hactenus exceptio est, ut mihi, qui indicavi tibi furem, tunc solum detur de dolo actio adversus te, si aliquis tuus dolus arguatur. Ita auctore Ulpiano relinquitur actio præscriptis verbis, si nullus tuus dolus arguatur, quod nunc nobis concedi satis est, ut efficiatur, etiam tunc hanc actionem dari, cum dolus aliquis tuus arguetur. Quod cum venerimus ad eum locum, in quo de eo agemus, qui dolum adhibuit, pluribus ostendemus.

C A P. XIII.

In *L. si tibi polienda*, 22. *D. de præs. ver.* agi id negotium, in quo & conventione & implemento prius facio, ut des: hic tamen dari mihi adversus te omnimodo actionem præscriptis verbis.

SED ut de superioribus duobus locis queat dubitari: attamen in *L. si tibi polienda*, *hoc tit.* est omnino ea species, atque id responsum, quod omnem tergiversationem præcidat. Dedi tibi vestimenta sarcienda, aut polienda, ut cum sarsisses, aut polivisses, ego tibi tantum darem quantum inter nos postea statutum esset: fecisti quod convenerat, neque do quidquam; aut do quidem, sed non æquum. Placet in eam rem esse tibi adversus me actionem præscriptis verbis. Atqui non solum tu fecisti prior, ut darem, atque ita prior implesti id, de quo convenerat; sed etiam in ipsa conventione, quæ de toto negotio futuro antecessit, id actum est, ut prior faceres, deinde ego darem: ut sive implementum spectes, sive conventionem de faciendo, omnia huc spectent, ut negotium a faciendo cœperit, ut sic deinde ego tibi darem. Et ne cum Bartolo hic mihi quis dicat, ideo cum facio, ut des, esse de dolo actionem: quia aut facienti mihi nihil abest, aut in dantem nihil transferatur: observetur, eiusmodi esse superiorem speciem, qua tota hæc distin-

distinctio evidenter refellatur. Nam & tibi farcienti, aut polienti abest opera, quam aliis in rebus, & aliis hominibus locare potuisses, quo facto mercedem operæ esses consecutus: & præterea in me, cuius vestimenta farsisti, aut polivisti, fructum operæ confers, ut qui iam vestimenta farta & polita habere incipiam, quæ prius lacera erant, ruptave, aut rudia, & infecta.

C A P. XIV.

Argumenta non dubia; quibus evincitur, actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, ut des, quam in aliis tribus generibus.

S U M M A R I A.

1. *Negotium omne inter aliquos gestum, quod in aliud nomen non transit, parere actionem civilem præscriptis verbis.*
2. *Negotium geri inter aliquos dici in usu iuris, non solum cum do, ut des, vel facias, sed etiam cum facio, ut des, vel facias.*
3. *Cum facio, ut des, negotium ut plurimum simile esse emptioni & venditioni, similiter ut cum do, ut des: ideo & in utroque recte pariter admitti præscriptis verbis actionem.*
4. *Sive facio, ut des, sive Do, ut facias, utrobique geri negotium idem, & id simile locationi: ideo ut in hoc, sic illo pariter admittendam actionem præscriptis verbis.*
5. *Cum Facio, ut des, & cum Facio, ut facias, unam & eandem in utroque negotio esse caussam obligationis & actionis; ideo cum in posteriore sit actio præscriptis verbis, necesse esse & in priore admitti.*

HI fere loci sunt, quibus maxime superior sententia demonstratur, ut si auctoritas statuentium quæritur, non sit de ea sententia dubitandum. Age, argumenta huius sententiæ non minus certa cognoscamus. Principio † hoc pro certo
1 statuerunt veteres, quoties negotium inter aliquos gestum est, sive contractum id, quod Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter consentientes iure civili actionem: siquidem res in aliud nomen contractus transeat, certam; sin aliter, civilem quidem, sed in factum, seu præscriptis verbis. Indicat hanc sententiam duobus locis Ulpianus, nimirum in *d. L. solent*, *hoc tit.* & *L. iurisgentium, in princ. D. de pact.* At † idem iisdem illis locis huius
2 generis negotium esse declarat, non solum cum do aliquid certa lege, puta ut des quid vicissim, aut facias: sed etiam cum facio hac ipsa lege, ut des, vel facias: & nominatim id confirmat in hac specie, cum facio, ut des. Quid restat igitur, nisi ut ex hoc genere tanquam negotio civili gesto sit civilis actio præscriptis verbis? Sed mittamus Ulpianum, ne quis forte causetur eum a nobis citari, a quo fortasse Paulus, de cuius sententia nunc quæritur, in hac quæstione dissenserit. Ipso auctore Paulo utamur. Et in cæteris omnibus generibus nominatim Paulum dedisse actionem præscriptis verbis constat. Id si sine ratione facit, & tantum eo dicit, quia eo iure utamur, quanquam id in iure, ac præsertim in Iurisconsulto ferendum non est: tamen si id ita est, sileamus, & ut sine ratione dicitur: ita & sine ratione constituum, si libet, sequamur. Sin id non sine ratione dicitur, & ratio etiam, cur ab eo dicatur, certa est: necesse est, si par aut eadem ratio in hac specie reperitur, cum facio, ut des: idem ius in ea statui debere. Ac cur detur hæc actio in ea specie, cum do, ut des, ratio ab illo exposita est in *L. naturalis*, *§. ult.* quia sit videlicet species similis emptioni. Cui sane hanc speciem, cum facio, ut des, per omnia comparare non possumus; sed quid refert, si cum facio, ut des, in eo negotio illa interveniunt, propter quæ ex superiore genere tanquam ex emptione & venditione hæc actio danda est? Cur †
ergo cum do, ut des, negotium emptioni 3
simile habetur? quia permutatio est, ubi non res abest, quam confert in alterum, ut vicissim rem aliam ab eo accipiat. At ut plurimum ita fit in hac specie, cum facio ut des. Quid enim interest, utrum dem ancillam, an eam, quæ apud te in contubernio est, manumittam, ut mihi Pamphilum des? Cum dedi ancillam, in te confero aliquid: & cum manumisi eam, quæ in contubernio tuo erat, hoc confero, ut liberam apud te habeas: & ut apud te eam non habeas: tamen vel hoc confero, ut voluntati tuæ mos geratur; vel certe confero libertatem in illam, quam manumitto: quod cum tua voluntate facio,

cio, perinde haberi debet, ac si in te contulissem. Arg. *L. solutam*, *D. de solut.* Quid, cum farcio, aut polio vestimenta tua, ut mihi Stichum des, an minus mihi abest, aut in te confero, quam si aliquid darem, ut mihi dares? Iam dixi & mihi hic abesse operam, ac mercedem operæ, & per vestimenta farta, aut polita fructum operæ in te transferri.

Sed quoniam in plerisque tantum caussis huius generis ista eveniunt, non autem in omnibus, neque per omnia unum negotium alteri simile est: dici potuit non effici hoc argumento, ut in omnibus caussis, in quibus facio, ut des, actio præscriptis verbis dari debeat. Immo cætera duo negotia, illa dico, cum do, ut facias, & cum facio, ut facias, ita conveniunt, aut certe ita convenit ratio, propter quam in illis datur actio præscriptis verbis, ut aut ob eam caussam in illis hæc actio danda non sit, aut si recipitur, sit quoque & in ea specie, de qua quæri-
4 tur, pariter admittenda. Nam † ut ab eo genere ordiar, cum do, ut facias, quid est, cur si posteaquam dedi, cesses facere, & velim consequi, ut facias, aut præstes, quanti interest mea, placet esse mihi eo nomine actionem præscriptis verbis? Dubitaremus, nisi Paulus ipse expressisset in *d. L. naturalis*, *§. ult.* Id eo fieri ostendit: quia sit hoc negotium simile locationi. Atqui in hoc negotio, cum facio, ut des, eadem omnino locatio est: aut si de similitudine locationis quæritur, est locationis similitudo plane eadem. Cur enim locationi simile est, cum do ut facias? Nempe quia, ut in locatione facti unus dat pecuniam pro opera; alter pro pecunia operam præbet: sic in hac specie unus est, a quo res pro opera; alter, a quo opera pro re proficiscatur. Itaque ego conductori similis, quasi qui operam tuam re conducam; tu similis locatori, qui pro re tanquam pro pecunia operam tuam mihi impendas. At eædem personæ dantis & accipientis, eademque facta versantur in eo genere, cum facio, ut des. Perspicuum est enim & hic unum esse, qui operam suam præbeat pro re, alterum, qui rem det pro opera, quam accipir. Est igitur utrobique aut eadem locatio, aut negotium, quod pariter referat locationem & conductionem. Si quid interest, solum hoc interest, quod in priore ego quasi conductor sum, tu locator operæ: in posteriore ego quasi locator operæ, tu conductor. Sed hoc ad contrahendam, aut impediendam conductionem quid pertinet? Sive ego locator sim, tu conductor: sive ego conductor, tu locator, semper locatio & conductio est: aut si quod negotium simile incidit, id simile est locationi & conductioni. Et sane audire cupio, qui fateatur, cum do tibi decem, ut tabulam mihi pingas, locationem & conductionem esse: idem neget locationem contrahi, cum ego pingo tibi tabulam, ut mihi decem des. Nam qui prius in persona dantis conductionem esse dixit, idem dixit in persona pingentis esse locationem: quod nunc negat, cum eum, qui prius pinxit, ut acciperet, negat esse locatorem. Postremo ab utro initium dandi, aut faciendi nascatur, in conductione nihil interest. O dire ab eo, qui dat; erit quidem conductio, quæ in locationem desinet. Sit initium ab eo, qui faciat: erit locatio, quæ desinet in conductionem: interim idem contractus utrobique locationis & conductionis. Quod si verba Pauli urgere volumus, facile obtinebimus magis locationi similem esse contractum, cum facio, ut des, quam cum do, ut facias. Nam cum facio, ut des, quasi loco operam, tu conducis: sic fit, ut si a me initium contractus æstimetur, dicendum sit, esse contractum similem locationi & conductioni. Sed verba non cavillabor, ut qui sciam veteres locationis & conductionis verbo, itidem ut emptionis & venditionis promiscue usos esse, ut uno utrumque significarent. *L. vetere*, & *L. seq. D. de act. empt.* Hoc dico, si res spectabitur, in omni operæ locatione esse unum, qui det, alterum, qui faciat; & in quo contractu horum utrumque sit, eum aut locationem, aut similem locationi habere debere. Ridiculum autem esse, si quis ab eo ordiens qui dat, dicat esse locationem; ordiens autem ab eo, qui facit, neget eandem esse locationem: cum si ille, qui dat, conductor est, necesse sit eum, qui contra facere debet, locatorem intelligi. Quod si is locator tunc intelligitur, cum nondum fecit, sed facere debet: quanto magis pro locatore tunc habendus est, cum iam fecit, ut acciperet? Neque vero pro locatore haberi debet, quin ex adverso is, qui debuit dare, pro conductore intelligatur. Quamobrem res dubitationem non habet, quin, ut proposui, negotium non minus locationi & conductioni simile sit, cum facio, ut des, quam cum do, ut facias.

Porro iam dixi, Paulum ipsum id docere, ideo ex negotio, do, ut facias, actionem præscriptis verbis nasci: quia contractus sit similis locationi: Nec vero iure fieri aliter potest, quam ut quibus in caus-
fis

fis eadem ratio fit, in his ius idem statuatur. *L. illud, D. ad L. Aquil. L. a Titio, D. de verb. obl.* Ex quo efficitur, & in eo negotio, cum facio, ut des: ei, qui
5 fecit, eandem actionem dari debere. Sed † esto, distet aliquid in hac quæstione, utrum dem, ut facias, an vero e converso faciam, ut des, ut quæ in uno genere actio in factum civilis prodita est, non continuo in altero esse debeat. At certe omnibus bonis & æquis iudicibus vincam, necesse est, in caussis obligationis hanc esse condictionem & coniunctionem horum duorum contractuum, cum facio, ut facias, & cum facio, ut des: ut si in priore genere detur actio præscriptis verbis, non possit, quin sit & in altero. Propone hoc modo: manumisi servum meum, ut tuum manumitteres, quo exemplo Paulus utitur in *d. L. naturalis*, obligari te mihi ex conventione constat, ut tuum manumittas. Cur? quia prius manumisi meum, & præterea pactus es te tuum manumissurum: neque præterea alia obligandi tui caussa est, nihil enim ad rem pertinet, quod promisisti te facturum, non daturum. Non res, quæ in obligationem deducitur, obligationem facit, sed conventio: quæ sive in dando, sive in faciendo sit, pariter promissor obligatur, qui se daturum, aut facturum promisit *L. 2. in pr. L. 5. §. stipulatio, D. de verb. obl. §. ult. Inst. eo.* Imo vero, si quid res promissæ ad obligationem contrahendam pertinerent, citius obligaretur is, qui promisit se quid daturum, quam qui se facturum promisit; quia certius est, quod dari promittitur; *d §. ult. Inst. de verb. obl.* ut dicendum sit, si obligatur is, qui promisit se facturum, multo magis eum, qui se daturum promisit, obligari. Ergo cum manumisi, ut manumitteres, & generaliter cum feci, ut faceres, duæ sunt tantum caussæ, cur mihi iure civili obligeris: manumissio mea, seu factum meum, & tua conventio, qua te in hoc obligasti, ut vicissim quid præstares. Atqui cum manumisi servum, ut tuum mihi dares, id est, cum feci, ut dares, totidem sunt obligandi tui caussæ, ut mihi des, non dico pares, ut similes, sed plane eædem omni ex parte: nam & manumisi servum meum, ut prius, & tu te quid præstaturum pactus es, & parvi refert, quod promisisti te daturum. Nam, ut iam dixi, tanto magis obligari te oportet ex hac conventione, qua certum promisisti. Ex quo quis non videt in utroque negotio in eodem facto, eademque conventione, & iisdem obligationis caussis adversus eum, qui se daturum, aut facturum promisit, eandem actionem pariter esse oportere? At constat, Paulum in ea specie, cum facio, ut facias, dare præscriptis verbis actionem: sit igitur eodem auctore & tunc, cum feci, ut dares.

C A P. XV.

Cum facio, ut des, non tantum esse actionem præscriptis verbis, cum nullus tuus dolus arguetur, sed etiamsi arguatur.

S U M M A R I A.

1. *In §.* quod si faciam, L. naturalia, *Pauli verba nullam admittere distinctionem, ut de dolo detur, si postquam feci, cesses dare.*
2. *Si cum feci, ut dares, est mihi actio præscriptis verbis adversus te, ubi nullus tuus dolus arguitur, quominus des: necesse esse, & tum dari, cum dolo non das.*
3. *Ex quo facto aliqua mihi adversus te actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem generaliter eandem esse actionem, cum dolus tuus accesserit.*
4. *Errare eos, qui putant, cum quis promisit se daturum rem alienam sciens, & dolo malo, ut quid facerem: ideo conventionem non valere, quasi dolo malo factam.*
5. *Pacta dolo facta servanda non esse adversus eum, qui deceptus est; adversus eum, qui decepit, contra.*

HIS rebus victi eruditi interpretes plerique admiserunt etiam in hac specie, cum facio, ut des, & postea quam feci, cessas dare, esse præscriptis verbis actionem: sed tunc, cum nullus dolus tuus arguetur; sin arguatur, hoc tuentur, de dolo dari. Id eo faciunt: quia de dolo dari negare non audent, cum tam aperte dicat Paulus eam in hac specie competere: sed quod verbum concedere videtur, id accipiunt, ut dicant Paulum de eo sentire, qui me deceperit sciens. Nam quomodo esset de dolo adversus eum, qui dolum non adhibuisset? Ita adversus eum, qui dolo nihil fecit: relinquitur præscriptis verbis actio ex suprascriptis locis. Ne

Ne quis autem eam distinctionem repudiet, videtur expressa esse in *L. solent, hoc tit.* ubi Ulpianus in extremo ita scribit, *nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*, sed præcipue in *L. naturalis, §. sed si dedi, eod.* ubi Pauli ipsius ita verba sunt: *si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, & manumisisti, & is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum civilem.* Sed dum hoc incommodum vitare volunt, ne contra Pauli verba faciant, in eos locos, easque ipsas rationes, quibus supra usi sumus, incurrunt. Nam primum quale est illud exemplum facti, cum das mihi vestimenta tua polienda, ut postea des, quantum inter nos statutum sit? an si dolo, nec pateris quidquam statui, sed mihi illudis, abs te decipi non videor? nusquam magis; & tamen nihil amplius datur in hac specie, quam præscriptis verbis in *d. L. si tibi polienda, h. t.* Quid, cum do, ut facias, & posteaquam dedi, cessas facere? an si sciens prudens non facias, quod possis; aut etiam dolo feceris, quominus præstare posses, quod te oportuit, mihi actio de dolo adversus te dabitur, non etiam præscriptis verbis? Finge me tibi dedisse ancillam, ut Pamphilum manumitteres: ancillam acceptam a te manumissam, Pamphilum dolo alienatum, ne eum manumitteres, & ita me abs te decipi. Sed nihil amplius in hac specie dat Paulus, quam præscriptis verbis actionem. *d. L. naturalis, §. cum do, & seq. hoc tit.* Neque quisquam hic distinguendum putat, utrum ideo non manumittas, quia non possis, an ideo, quia nolis, & data opera me decipias. Idemque fieri dicimus, cum feci, ut faceres, & posteaquam feci, fidem fallis. *d. L. naturalis. §. ult.* Atqui quibus de caussis datur præscriptis verbis actio in superioribus generibus duobus, iisdem de caussis, & in hac specie, cum facio, ut des, eam actionem dari diximus, & probasse satis videmur. Quibus efficitur, & in hac specie sic eandem actionem dari, ut quamvis dolo facias, ne mihi des, nihilominus tamen eadem illa actione mihi tenearis.

1 Quod † si locus Pauli eos movet, ut hac distinctione utantur, videant etiam atque etiam, ne quamvis hanc distinctionem admiserimus, tamen non expediant. Paulus enim nihil distinguens, utrum dolo non des, an sine dolo, simpliciter definit in hac specie, cum facio, ut des, nullam esse actionem civilem. Si hoc sic accipiendum est, si dolus tuus arguatur, quod dixit, ipse supra, *in ead. L. naturalis, §. sed si dedi*, & Ulpianus in *d. L. solent, in fin.* si id, inquam, sic intelligendum est: cur non & in superioribus generibus, & in eo, quod sequitur, ex dolo adversarii eandem distinctionem introducemus? Quod si admittenda est: cur hoc genus, cum facio, ut des, a superioribus distinxit? Ex quo apparet, etsi superiores loci, & argumenta quæ dixi, non obstarent; tamen ne sic quidem satis eam distinctionem ad locum Pauli tuendum convenire, si quis Paulum de eo, quod dari debuit ex hac conventione, sensisse intelligat. Sed repudio iam hæc omnia, si illis videtur, quasi dubia & incerta, nec satis idonea, quæ ad illam distinctionem reiiciendam afferantur. Id † sumo, quod in hac distinctione ab illis datur, quod & ipsum per se verissimum est: quod si quis neget statui in *d. L. solent, hoc tit.* idem neget, solem meridie lucere: in hac specie nimirum, cum facio, ut des saltem tunc præscriptis verbis actionem dari, cum nullus tuus dolus arguatur. Hoc posito, aio quæstionem tolli, & vel hoc unum satis argumenti esse, ut convincatur etiam tunc, eandem actionem adversus te dari debere, cum aliquis dolus tuus in ea re arguetur. Quamobrem? quia dolus tuus neque factum meum, neque conventionem nostram mutavit, sed confirmavit potius. Quid enim, cum Stichum manumisi, ut mihi Pamphilum dares, an eo minus tu promisisti te Pamphilum daturum, aut ego minus Stichum manumisi, quia tu Pamphilum promissum alienum esse sciebas? Imo ego ideo vere manumisi, quia Pamphilum mihi eram de te pollicitus; & tu eo magis promisisti, quo facilius me ad manumittendum meum induceres. Neque porro aliæ sunt caussæ, cur nullo dolo tuo intervenienti mihi tenearis, quam hæ duæ, quod manumisi Stichum, quem manumitti placuerat, & quod convenit, ut eo nomine mihi Pamphilum dares. Ita necesse est omnino in eodem facto, eademque conventione eandem esse actionem. 2

Et † ne hic hæsitemus, generaliter definiendum est: quoties in contractu aliquo ex facto tuo mihi aliqua actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem facto eandem actionem esse etiam tunc, cum dolus tuus accesserit. Ut puta, fecisti aliquid in re, quam mihi vendidisti, quo res deterior fieret, & fecisti imprudens, teneris mihi ex empto, ut culpam præ- 3

præstes: idem si dolo fecisti, non alia erit actio, quam ex empto. *L. & eleganter*, §. *non solum*, *D. de dol*. Neque 4 † verendum est, credo, ne nobis hoc argumentum excutiat quorundam ratio, qui dolo tuo interveniente in quovis contractu eandem actionem admittunt, quæ sine dolo tuo futura esset, si modo & te dolum adhibente contractus valeat: verum in proposito cum manumisi ancillam, ut Pamphilum mihi dares, si sciens alienum promisisti, disputant nullam esse conventionem, nullam hinc obligationem civilem nasci: ut proinde non alia hinc relinquatur mihi actio adversus te, quam de dolo. Dicerent illi aliquid, si quod dicunt nullam hic conventionem esse, id probarent. Nunc autem quid afferunt? nempe, inquiunt, pactio mala fide & dolo malo interposita non parit obligationem, ne naturalem quidem. Quasi vero hæc conventio, de qua agitur, idest, qua mihi Pamphilum alienum sciens promisisti, dolo malo facta dici debeat, quod si putant, longe errant. Ea enim demum promissio & pactio dolo malo facta putanda est, in qua qui promittit, deceptus est, ut promitteret, & ita dolo obligaretur; non is, cui promissum est: quod in hac specie contra fit, ubi ego, qui manumisi servum meum, decipior quidem; sed in manumissione, non ulla promissione mea, aut obligatione: quippe qui nihil omnino promittam, aut ulla in te tibi obliger; tu vero promittis quidem, seu pacisceris Pamphilum te daturum; sed in eo non deciperis, quantumvis sciens promiseris alienum, sciens enim prudens promisisti, non circumventus. Tum autem etsi daremus, hanc promissionem tuam de servo mihi dando dolo factam esse; tamen non concederemus, ideo esse inutilem, seu actionem non parere, ubi a tuis partibus 5 dolus est. Quod † enim dicitur in edicto Prætoris, pacta dolo malo facta non servari, sic accipiendum est; ut ne serventur adversus eum, qui est deceptus, cui dolus adversarii nocere non debet; cæterum adversus eum, qui decepit, certi iuris est, pactionem eius ita valere, ut non magis valeret, si dolum non adhibuisset. Quod in transactione constitutum scimus adversus eum, qui transactionem dolo malo factam rescindi postulatet, cum ab eius partibus dolus versaretur. *L. transactione finita*, 30. *Cod. de transact.* Et ut certius intelligant isti, quid de hac ratione iudicandum sit, considerent, ea admissa quid consequatur. Nempe hoc consequens est, etiam in aliis contractibus incertis, puta cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias, nullam esse civilem obligationem, si Pamphilum, quem mihi dare, aut manumittere debeas, scivisti esse alienum, & me decepisti. Ita etiam fiet, ut sit mihi hoc casu etiam in his actio de dolo dumtaxat, non præscriptis verbis. Quod sententiæ Pauli ex diametro adversatur: qui in tota illa disputatione *L. naturalis*, nihil aliud docet, quam si non des, aut facias, quod convenit in soprascriptis contractibus, semper propositam esse præscriptis verbis actionem. Quod si ne illi quidem ipsi, qui novam illam rationem tam ingeniose nobis excogitarunt, inficiari audeot; fateantur aut falsam eam rationem esse, aut ad eum, qui decipiens, non deceptus promittat, quo de nunc agitur, non pertinere, aut quod est verius, utrumque concedant. Manebit igitur, si cum feci, ut dares, est præscriptis verbis actio, cum ignorans, & sine dolo rem alienam promisisti: etiam tum esse debere, cum promisisti sciens, & me decepisti. Prius esse inter omnes convenit, nisi si qui fiot, qui contradicendi studio, aut constantiæ caussa ea, quæ sunt certissima, negare audeant. Si prius, ergo & posterius,

CAP.

C A P. XVI.

Cum facio, ut des, sic esse actionem præscriptis verbis etiam adversus eum, qui sciens fallit, ut non sit de dolo.

S U M M A R I A.

1. *De dolo actionem nunquam esse, ubi constet competere actionem præscriptis verbis.*
2. *De dolo actio sicubi competit, etiam actione in factum temperata agi posse: at non si in factum actio competit: interveniente dolo, competet de dolo actio.*

EFfectum est igitur illud, quod mihi huc usque cum doctissimo interprete Francisco Duareno convenit, omnimodo ex hac specie, cum facio, ut des, si posteaquam feci, cessas dare, esse actionem præscriptis verbis. Hoc non convenit, quod iam sequitur: nam cum statuisset ille esse præscriptis verbis, ut diximus: ex adverso autem scriptum esset a Paulo in dicto §. *quod si faciam*, *L. naturalis*, in hac specie de dolo dari: ille ad hæc conciliauda hoc attulit, ut diceret utramque actionem competere, & de dolo, & præscriptis verbis. Quod a multis notatum scio: & recte iudicio meo. Refellitur enim non obscure ea parte edicti, quæ est de dolo: qua scimus actionem de dolo non alia conditione propositam esse, quam si alia actio non erit. *L.* 1. *D. de*
1 *dol.* Quod † eam vim habet, ut si præscriptis verbis hic detur, ut datur, non sit locus actioni de dolo. Non enim satis defendi potest, quod ille ait, in eo edicto actionis nomen de actione certa interpretandum esse, idest, ea, quæ proprie & specialiter ita dicitur. Nam illud contra sic ab omnibus veteribus iuris auctoribus acceptum est: ut eo verbo non tantum contineretur ea quæ vere est actio, sed etiam omnis defensio, quæ vim haberet iuris nostri obtinendi etiam per exceptionem. *L.* 1. §. *ait*, *prætor*, *D. de dol.* Quanto magis omnis petitio hoc verbo continebitur, quæ actionis verbo significatur magis, quam exceptio, in quo numero est actio præscriptis verbis? Denique bene annotatum est a Barone scriptum esse in *L. si quis affirmavit*, §. *Labeo*, *D. de dol.* ubi præscriptis verbis a-
2 ctio est, ibi de dolo cessare. Non † me movet, quod ille dicit, eum, cui actio de dolo competit, posse actionem verbis in factum temperare, ut doli mentio detrahatur, *L. rei quam*, *D. de dol. L. cum reus*, *D. de fideiuss.* Hoc enim de eo recte dicitur, cui constet prius actionem de dolo dari. Sane vero cui actio de dolo datur, huic licere debet, actione verbis in factum temperata experiri, & de iure suo aliquid remittere, cui etiam in totum non agere licuit. Et siquidem in hac specie, de qua agitur, constaret competere de dolo actionem, ultro faterer potius in factum agere licere. Nunc autem de eo quæstio est, an sit hic de dolo actio: quod nos negamus, & recte negamus: quia in eadem conventione sit præscriptis verbis actio, si dolus tuus nullus intervenerit: ut proinde dolo tuo interveniente eadem esse debeat. In summa si de dolo actio alicubi competit, recte dicitur ibi & de eo in factum actionem esse; sed non si in factum actio est: ideo dixeris esse etiam actionem de dolo. Tunc solum utrique locus est, cum nullo dolo interveniente adversarii, nulla est adversus eum actio. Sic enim fit, ut dolo eius interveniente, cum ex ipso genere facti nulla alia actio sit, ipse dolus actioni de dolo locum faciat, & propter eam actionem locum habeat actio in factum. At utrique locus esse non potest, ubi ex ipso facto & conventione est adversus aliquem omnimodo actio, id est, etsi eius nullus dolus arguatur. Nam qui sine dolo suo aliqua actione tenetur, eum necesse est, & dolo eius interveniente in eadem caussa, & conventione eadem actione multo magis teneri: qua constituta sic actor ea utetur, ut de dolo agere non possit.

C A P. XVII.

Explicantur, & diluuntur 11. loci, quibus in hac specie, cum facio, ut des; actio de dolo ad id, quod dari videtur: ac primum *L. cum proponas*, *C. de dol.*

Quid igitur nobis relinquitur, constituta in hac specie, cum facio, ut des præscriptis verbis actione, nisi ut de dolo competere negemus? quod & initio fecimus: &, si nobis constare volumus, omnino ita faciendum est. Nec dubito, quin & docti homines idem facturi fuerint, nisi multi loci obiicerentur, in quibus scriptum videtur in hac specie de dolo actionem dari. Ergo hic labor nobis reliquus est, ut ostendamus nihil tale dici in illis locis, qui putantur contrarii. Quod si obtinebimus: opinor, sententia utilis & dilucida constituta est, & brevi opera magna & gravi molestia liberati sumus: quam suscipere cogimur, sed frustra, in illis conciliandis, quæ, diversa sententia admissa, inter se conciliari nullo modo possunt.

Ac superiori sententiæ quatuor fere loci opponuntur. Primum *L. cum proponas*, *C. de dol.* Manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum des, neque postea sistem servas. Illic ita scriptum est, revocandæ libertatis me potestatem non habere; sed solum, si nec dum statutum tempus excesserit, desiderare debere de dolo mihi decerni actionem. Et de eo rescripto idem mihi videtur, quod Bartolo, non agi in eo de Pamphilo dando, qui mihi a te promissus est; sed solum de ancilla mea manumissa revocanda: quam ad rem cum omnis alia conditio deficiat, quia libertas non possit revocari: ideo recte dicitur, solam de dolo actionem in eam rem competere. Quod ex verbis tum præcedentibus, tum sequentibus liquido colligi potest. Nam initio cum denegatur actio, de manumissa in servitutem revocanda denegatur. *Revocandæ*, inquiunt Impp. *libertatis potestatem non habes;* ut quod continenter subnectitur de actione de dolo dando, ad speciem præcedentem referri debeat de ancilla. Deinde in extremo cum alia actio, quam de dolo datur, non de Pamphilo datur; sed rursum de ancilla repetenda: ut appareat, quod dixi, unam illic de ancilla, quæ a me manumitti debuit, fuisse quæstionem, de qua sub distinctione respondetur: ut si quidem manumissa est, non possit libertas revocari: proinde nec ea, quæ manumissa est; si non, tum est manumissa, & nec dum a me tibi tradita, tum & ancilla, & ii, qui ex ea nati sunt, revocari possint. Ac confirmatur id præcipue ex eo iure, quod de specie illic proposita constituitur. Observandum est enim diligenter, actionem de dolo, quæ illic decernitur, non dari tantum, cum manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum dares: sed etiam cum tibi dedi ancillam, ut Pamphilum dares. Scio tentare Accursium, ut efficiat nihil amplius illic esse, quam id negotium, in quo feci, idest, manumisi ancillam, ut alium servum dares, sed frustra, cum factum proponatur hoc modo, tradidisse me videlicet tibi ancillam, ut mihi alium servum dares, te autem ancillam acceptam manumisisse. Quod quidem nihil aliud declarat quam me ancillam tibi dedisse, id est, tuam fecisse: neque enim manumittere potuisti, nisi dominus esses. *L. in prin. & in fin. C de manumiss.* Ex quo intelligitur, quæ illic actio de dolo decernitur, eam in illa specie decerni, cum dedi ancillam, ut mihi Pamphilum dares. At hoc de Pamphilo petendo accipi non potest; cum certo constet eo nomine præscriptis verbis actionem dari. *d. L. naturalis, in prin.* Ita fit, ut quæ illic actio est de dolo, ea de ancilla manumissa solum proponi intelligatur.

C A P. XVIII.

In *L. solent*, *D. de præs. ver.* non esse sententiam Ulpiani, ut cum feci, ut dares, & dolo cessas dare, sit eo nomine de dolo actio.

Secundo loco obiicitur nobis *L. solent*, *hoc tit.* ubi Ulpianus illis verbis, quæ sunt in extremo, *nisi si quis dicat*, videtur in hac specie, cum indicavi tibi furem,

rem, ut mihi decem dares, & non das, actionem de dolo dare, ſi tuus dolus arguatur. Sed iam dixi illa verba non corrigentis eſſe, ſed confirmantis potius priorem ſententiam, quaſi aut nemo id dicturus ſit, quod ſubiiciat; aut ſi quis dicat, id contemnat, nec putet egere refutatione. In quo non oeceſſe eſt repetere omnia, quæ ſupra diximus. Tantum dicam, non eſſe hanc mentem Ulpiani, ut his verbis mutet priorem ſententiam, vel hinc facile intelligi poſſe, quod illam ſententiam non ſimpliciter, aut dubitanter poſuerit, ſed addita ratione, ex qua intelligeretur ipſum non dubitare, quin io ea ſpecie actio, & ea civilis daretur, nempe præſcriptis verbis. Si ab ea ſententia vellet diſcedere, prius eum ſuperiorem rationem infirmare oportuit. Nunc autem tantum abeſt, ut id faciat, ut etiam alio loco quam maxime confirmet, atque ea ad refellendum Iulianum, qui in diverſa ſententia erat, utatur. *l. iurisgentium, in prin. D. de pact.* Illud non prætermittam, quod & ſupra pluribus docui, etſi daremus actionem de dolo eſſe, ubi tuus dolus arguatur: tamen ex ſententia ſuperiore Ulpiani, quæ eo loco expoſita erat, ſaltem hoc relinqui, ut ubi nullus tuus dolus ſit, illic competat præſcriptis verbis actio. Atqui, hoc conceſſo, conſequens eſt, ut dixi, etiam cum dolus tuus arguetur, eſſe actionem præſcriptis verbis, ut in eadem conventione & facto. Quamobrem ſuperior locus eiuſmodi eſt, ut utro modo poſteriora verba interpretemur, utroque pariter in eos, qui contra ſentiant, is locus convertatur.

C A P. XIX.

Explicatur *L. naturalis*, §. 1. illic; *Sed ſi dedi*, *de præſc. verb.* ſimul *L. iurisgentium*, *in prin.* illic; *Et ideo puto*, D. *de pact.*

S U M M A R I A.

1. *In* §. ſed ſi dedi, L. naturalis, de præſc. ver. *Iuliani ſententiam referri, non probari, &* num. 7.
2. In factum actionem a prætore dandam *in* L. iurisgentium, in pr. de pact *ſignificare dandam eſſe a prætore actionem de dolo, non autem actionem in factum prætoriam diſtinctam a civili in factum, &* num. 3.
3. In factum civilem, *quod legitur in* §. ſed ſi dedi, L. naturalis, de præſcrip. ver. *recte legi, & locum minime corruptum a Triboniano.*
4. *Non* §. ſed ſi dedi, L. naturalis, *emendandum ex* L. iurisgentium, in princ. de pactis, *ſed verbum actionis in factum, quod eſt ambiguum, in* L. iurisgentium, *ex* §. ſed ſi dedi, *interpretandum.*
5. *Iulianus quid ſenſerit, & in quo a Mauritiano & Ulpiano ſit reprehenſus in* L. iurisgentium, in princ. de pact.
6. *Cum feci, ut dares, & poſteaquam feci, ceſſas dare, actionem præſcriptis verbis mihi dari ab Ulpiano etiam tunc, cum ſciens me decepiſti, in* L. iurisgentium, in prin. de pact.
7. *Referri ſæpe ſententiam aliorum a Iuriſconſultis in Pandectis ſine ulla reprehenſione, ubi tamen ſententia non probatur.*

QUÆ ſequuntur, plus videntur difficultatis habere ad explicandum: ex quibus citatur tertio loco id, quod eſt in *L. naturalis*, §. *ſed ſi dedi*, hoc tit. *Dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres: manumiſiſti, & is, quem dedi, evictus eſt: ſi ſciens dedi*, inquit Paulus, *de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit; ſi ignorans, in factum civilem.* Hic ego, ſi cum his ſentirem, qui in hac ſpecie dicunt eſſe, ut ipſi loquuntur, ut facias, videri fortaſſe quibuſdam poſſem habere, quo obiectionem in ſpeciem eluderem. Dicerem enim in eo genere aliud dici, aliud in eo, de quo quærimus: etſi rationem differentiæ non ſatis explicare poſſem. Nunc autem iam ſupra dixi, quod & verum eſt, non aliud in propoſita ſpecie negotium contrahi, quam id, in quo manumiſiſti, id eſt, feciſti, ut tibi darem. Et quamvis alterum illud genus eſſe concederem: tamen etiam in hoc multo minus admitterem, competere actionem de dolo, ſi poſteaquam dedi, non facias: cum in *L. naturalis*, §. *at cum do*, conſtet non aliam in hac ſpecie dari, quam præſcriptis verbis: ut non multum referat ad difficultatem diluendam, utram ſpeciem in ſupra ſcripto loco proponi dicamus. Fateor igitur in eo loco Pauli agi de ea ſpecie negotii, de qua quærimus, cum facio, ut des. Nego autem, ſive locum de ea ſpecie accipiamus, ſive de altera, aliam actionem de ſen-

sententia Pauli competere, quam præscriptis verbis: si quidem de eo agatur, quod ex conventione dari, aut fieri oporteat: hoc amplius superioribus verbis Pauli id infirmari nego. Observandum est enim, Paulum toto eo loco nihil de specie proposita affirmare; sed tantum quid de ea Iulianus scripserit, referre: *de dolo*, inquit *in me dandam actionem Iulianus scribit*.
1 Scripsisse † Iulianum ait. Num ergo eam sententiam, & ipse probat? Diceremus eum probare, si de ea nihil usquam alibi nominatim scriptum esset. Cur enim referret, nisi quia probaret? Sed si ea sententia alibi improbatur nominatim, non est, quod dubitemus Pauli locum sic accipiendum esse: ut dicat quidem Iulianum scripsisse; cæterum non affirmet id sequendum esse: sed aut ipse improbet, aut certe in medio relinquat; ita fiat etiam, ut res ex aliis locis constituenda sit. Nec multum ad rem facit, si alii erunt, quam Paulus, qui alio loco hanc sententiam improbent: quæ enim in Pandectis scripta sunt, perinde accipienda sunt omnia, quasi non a Paulo, aut Ulpiano, vel aliis, sed a Iustiniano scripta essent. *L. 1. §. omnia, L. 2. §. tanta, C. de veter. iur. enucleau.* Iam vero reprehensa est Iuliani sententia superior ex professo a Mauriciano & Ulpiano, exstatque confirmatio eius reprehensionis, quam sequamur in *L. iurisgentium, in pr. de pactis*. Quare & hanc ipsam reiicere, contrariam sequi debemus. An autem in eo reprehensus sit a Mauriciano, & Ulpiano Iulianus, quod de dolo dedisset, ita intelligi poterit, si statuerimus, quid ille scripserit. Et si vere scriptum est in *d. L. naturalis, §. sed si dedi, hoc tit.* fuit hæc Iuliani distinctio in superiore specie: ut siquidem sciens servum alienum tibi dedi, de dolo in me actio tibi danda sit; si ignorans, in factum civilis, id est, præscriptis verbis. Mauri-
2 cianus, & hunc † secutus Ulpianus Iulianum non reprehendunt, quod ille dixisset, civilem actionem in me dandam: nam hanc ipsam ita dandam esse confirmant, ut solam dicant sufficere; sed hoc reprehendunt, quod ille dixisset interdum actionem a prætore dandam, id enim tum fecit, cum hoc casu actionem de dolo dandam esse dixit. Nam hæc a prætore solum, seu edicto solum prætoris datur: hoc, inquam, reprehendunt illi, quod dicant etiam in hunc casum civilem sufficere, quia negotium civile sit contractum. Sed facile sentio, quid hic nobis ex adverso eruditi homines dicturi sint: non esse nimirum Iulianum a Mauriciano, & Ulpiano reprehensum, quod ille dixisset, actionem de dolo in me dandam; sed quod dixisset actionem in factum a prætore dandam, quod plerique omnes sic acceperunt: quasi Iulianus ita scripsisset, ut si sciens dedissem tibi servum, qui evictus est, danda esset in me de dolo actio; si ignorans, in factum prætoria. Hic vero Iulianum putaverunt hactenus reprehendi, quod hoc casu posteriore dixisset, prætoriam in factum dandam; cum esset in hunc casum civilis; cæterum eam partem sententiæ Iuliani, quæ est de actione de dolo non attingi: ita integram manere. Nec deest illis ratio. Nam si Iulianus in hac specie partim actionem de dolo dedit, partim actionem in factum civilem ut in *d. L. naturalis*, ex Paulo relatum est, nullus locus relinquitur actioni in factum, quæ a prætore detur: ea enim neque de dolo actio est, neque in factum civilis. Quibus cum obiicitur, scriptum esse diserte apud Paulum, scripsisse Iulianum, *aut de dolo actionem in me dandam, aut in factum civilem:* respondent locum Pauli a Triboniano interpolatum, & corruptum esse: quod alii factum ita excusant, quasi Tribonianus id posuerit de Iuliani sententia, quod ex notis ad Iulianum scriptis, de ea servari vellet; alii non sine flagitio id a Triboniano factum damnant. Ergo † 3
autem bona venia illos interrogo, unde didicerint Tribonianum non recte, & fideliter retulisse Iuliani, seu Pauli verba; sed pro, *in factum prætoriam*, reposuisse, *in factum civilem*. Quod ad me attinet, cum omne parum tuto affirmari scio, quod si negetur, longius prog edi non possis: tum vero periculose puto affirmari, quod ad derogandam publicis scriptis fidem & auctoritatem pertinet: neque vero ullo modo admittendum esse arbitror, nisi apertissime ita faciendum esse convincatur. Quodnam ergo huius flagitii & corruptelæ argumentum habent? nempe illud unum, quod scriptum sit apud Ulpianum in *d. L. iurisgentium, in pr.* Iulianum putasse actionem in factum a prætore dandam, non civilem. At hæc in factum actio, quæ a prætore detur, de actione de dolo accipi potest: non quod idem sit actio in factum, quæ detur a prætore, & actio de dolo; sed quia sæpe in qua specie actio de dolo competit, in ea dicimus actionem in factum a prætore dari, vel quod quæ actio de dolo est intra annum, ea post annum est in factum: vel quod quæ de dolo est, ea in factum potest temperari, & molliore verbo Iurisconsulti interdum uti malunt. Id quidem factum

scimus

scimus in *L. rei, quam, D. de dol.* quod enim illic scriptum est, *actionem in factum cum sua indemnitate competere*, de ea specie scriptum est, in qua actionem de dolo competere inter omnes convenit. Non semper ita accipi concedo, & nisi quid ostendat hoc modo accipiendum esse, non esse accipiendum etiam concedo. Interim illud tenebo, in eam partem aliquando id verbum accipi & posse
4 & debere. Quod † cum ita sit: quæro, utrum quod est in hoc verbo ambigui, id ex loco Pauli nec ambiguo, nec incerto interpretari debeamus; an contra ex incerto & ambiguo locum certum & diserte scriptum mutare. Perspicuum vero est, quid hic fieri conveniat, nempe incerta ex certis, & minime ambiguis interpretari & confirmare; non item certa ex incertis convellere aut evertere debemus: præsertim si ad sententiam, quam ex locis certis effici dicimus, vera ratio & aliarum partium iuris consensus ac-
5 cesserit. Sic † igitur, opinor, recte dicemus, scripserat Iulianus: si ego sciens alienum servum tibi dedi, ut tuum manumitteres, & manumisisti, dandam in me de dolo actionem; si ignorans dedi, in factum civilem: ita hoc scripserat in hac specie, actionem aliquando a prætore dandam. Nam actio, ut dixi, de dolo solum a prætore datur: pro actione de dolo, dixit Ulpianus, scripsisse Iulianum actionem in factum a prætore dandam: verum eodem sensu. Solum hoc animadvertendum est, & solum ad rem pertinet, quod Iulianus hic actionem a prætore aliquo casu dandam putavit. Quod actionem in factum civilem dedit adversus ignorantem, convenit hoc illi cum Ulpiano & Mauriciano. Quod putavit aliquando, actionem a prætore dandam, sive hanc de dolo esse volumus, sive loco eius in factum prætoriam verbis temperatam, hoc illud est, quod superioribus improbatur: cum in totum in hac specie adversus me civilis sufficiat, idest, præscriptis verbis. Hic verus est, ut mihi videtur, Ulpiani
6 sensus. Ut † autem planius intelligatur, Ulpianum non hoc solum sentire, actionem præscriptis verbis competere tunc, cum ego ignorans servum alienum dedi; sed etiam in omnem casum, idest, & tunc, cum sciens te decepi: expendatur, quam reprehensionis suæ rationem ille afferat. *Non recte*, inquit, *dixit Iulianus in factum actionem a prætore dandam, quia civilis in factum actio*, idest, *præscriptis verbis sufficiat*. Cur civilis? *quia contractum est*, inquit, *quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde hæc nascitur actio*. Atqui etiam tunc contrahitur obligatio & illud, quod Aristo vocat συνάλλαγμα, cum dedi tibi servum alienum sciens, ut servum tuum manumitteres, & manumisisti. Unde certissima coniectura ducitur, etiam tum actionem in factum prætoriam eum repudiare, & civilem dare, cum te decepi, ubi hoc esse negotium contractum constat, quod dixi. Quæ si ita sunt, ut non tam probabiliter videantur dici, quam necessario: tantum abest, ut sententia Iuliani superior nobis obstet, ut contraria sententia Ulpiani bene constituta, id ipsum statuatur omnino, quod diximus de actione præscriptis verbis omnimodo danda, vel ubi dedi, ut dares, vel ubi feci, ut dares, quamvis utroque casu me decepe-
ris. Illud † fortasse aliquibus novum vi- 7
debitur, & insolens, quod dixi, Paulum in *d. §. sed si dedi*, ita referre Iuliani sententiam, ut non probet: quasi alio consilio retulerit, quam ut illa uteretur, alioqui quid aliud, quam nos irrisit? Sed ne cui hoc ita videatur, sciamus non nunc primum a me dici, referri interdum a iurisconsultis in Pandectis veterum sententias; quas tamen ii, qui proponuntur eas referre, non probent, aut certe quæ probandæ non sint: sed exemplo a me fieri, atque adeo in locis compluribus omnium consensu esse receptum. Ex multis pauci nunc sufficient. In *L. 5. §. de arbore, supr. de rei vind.* ita scriptum est: *de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit, Varus & Nerva utilem in rem actionem dabant*, neque quidquam adiicitur eo loco, quo significetur eam sententiam reprehendi. Sed omnes consentiunt locum sic accipiendum esse: ut ne id probetur: quando hanc sententiam aliis locis certo notari constet, quos ad superiorem illum referimus, ut *L. hoc amplius, §. Alfenus, D. de dam. inf. L. sed si meis, §. arbor, D. de acq. rer. domin.* In *L. si fideiussor*, D. de dolo, *si fideiussor promissum animal ante moram occiderit*, de eo Papinianus ita scribit: *de dolo actionem reddi adversus eum oportere, Neratius Priscus & Iulianus responderunt: quoniam debitore liberato ipse quoque dimittitur*. At hæc sententia multis locis repudiata est, ut *L. mora, §. ult. D. de usur. L. mora, D. de verb. obl.* Ne Papinianus quidem ipse probat, etsi referat: sed eam alibi aperte repudiat, in *L. Stichum, in pr. D. de solut.* de quo disserui pluribus ad *L. cum filiusfam. D. de verb. obl.* Adde, si videtur, & hos

hos locos. Refertur sententia in *L. servus*, §. *ult. D. de dolo:* non probatur in *L. cum a te, D. eod.* Refertur in *L.* 1. §. *per contrarium, D. de dot. prael.* non probatur in *L.* 1. §. *item heres, D. quand. act. de pec. ann. est.*

C A P. XX.

Hic ex professo excutitur, & explicatur sententia §. *quod si faciam, L. naturalis.*

S U M M A R I A.

1. §. Quod si faciam, L. naturalis, de praescr. verb. *de eo, quod ex conventione dari debuit, petendo accipi non posse, quin pugnet certo cum aliis locis: atque adeo omnino ita accipi non debere.*
2. §. Quod si faciam, *sententiam esse: de eo, quod factum est, revocando, nullam esse civilem actionem, idest, condictionem; & ideo hoc casu de dolo dari,* & num. 4. *in fin.* & num 8.
3. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *intelligi debere certam, ut excludat actionem praescriptis verbis: & cur, cum alioqui verbum sit generale.*
4. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *non solum intelligi debere certam, sed etiam talem certam, qualem in prioribus caussis dixerat Paulus, idest, condictionem, & cur.*
5. *Praescriptis verbis actionem esse & dici actionem civilem, & de ea agi a Paulo in tota reliqua tractatione* L. naturalis, *& tamen eam actionis civilis verbo accipi non debere in* §. quod faciam, *variis rationibus evincitur, & num. 6.*
6. *Errare eos, qui cum facio, ut des, dicunt, ubi dolus tuus nullus arguatur, non praescriptis verbis actionem dandam, sed in factum praetoriam.*
7. *Civilis actionis verbo ut maxime concedamus intelligi actionem praescriptis verbis, in* §. quod si faciam; *tamen nihil proficí, nisi ut locus repugnet innumeris aliis: in quo si quaeritur, utra sententia cedere alteri debeat: omnia concurrere & in auctoritate plurium, & in aequitate & veritate sententiae, cur Pauli sententia reiicienda sit.*
8. *Summa sententiae* § quod si faciam.
9. *Brevis comprehensio totius tractationis* L. naturalis, *de actionibus, quae interveniunt in quatuor generibus contractuum incertorum illic propositis.*
10. *Praescriptis verbis actio, an de dolo detur, cum facio, ut des, quid intersit.*

Omnium difficillimus ad explicandum locus, & ex quo haec omnis disceptatio maxime nata est, ad extremum nobis obiicitur. *L. naturalis, §. quod si faciam, h. t.* Sic enim verba sunt Pauli eo loco de proposita specie: ut illam sententiam, quam posui non leviter, aut obscure notare; sed disertis verbis velut ex professo reiicere, & contrariam statuere voluisse videatur. *Quod si faciam,* inquit, *ut des, & postea quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Et † si quis locum ita accipiat, quasi Paulus loquatur etiam de ea parte contractus, qua de re promissa agatur, non autem de ea tantum, in qua agatur de eo, quod factum est, retractando, non est meo iudicio, quod quisquam neget hunc locum ex diametro nobis adversari: non est, inquam, quod neget Paulum hoc dicere, denegari in hac specie in totum actionem praescriptis verbis, & nullam relinqui in omnem casum, nisi de dolo. Ut enim dederimus, verbo civilis actionis interdum non significari actionem praescriptis verbis, ut proinde eo verbo haec actio non excludatur: attamen satis excluditur in eo, cum de dolo actionem dari affirmat: neque enim actioni de dolo locus esse potest, si ulla alia competit. Deinde si Paulus actionem tantum certam verbo superiore excluderet: non erat, quod inde colligeret actionem de dolo dari. Nam potius ita inferri debuit: & ideo actio praescriptis verbis, seu in factum civilis dabitur. Nam haec utique certa non est: & certi iuris est, cum deficiunt vulgaria, & usitata actionum nomina, ad hoc genus actionis descendi & solere & debere, cum de contractibus agitur, *L.* 1. 2. & 3 *eod.* Sed haec ita sunt, inquam, si quis Paulum de ea parte conventionis loqui putet, in qua de dando eo, quod promissum est, agatur. Quod si de eo non loquitur: res est expedita. Nam de eo, quod factum est revocando, ei qui fecit, fatemur nullam esse actionem civilem; & verum est, ut si de eo agi potest, consequens sit, unam superesse eo nomine actionem de dolo. Quid ergo? de eo, quod promissum est, petendo Paulus non agit? Si id dicimus, vereor, ne a plerisque statim haec sententia reiiciatur prius, quam inducta pro se caussam dixerit: ab iis

iis præsertim, qui contemptis rationum momentis, & neglectis aliis locis, qui in contrariam sententiam tam clare de hac specie scripti sunt, ad verba tantum Pauli, quæ se hic ostendunt, adhærescent, & ex his de re tota iudicabunt. Nam verba generaliter scripta sunt: & Paulo in hac tota quæstione propositum est maxime de eo agere, quod dari, fieri debuit, ac de eo superioribus §§. præcipue ac illo dictum est: ut si quis hic urget, idem illum sentire, is & verbis videatur refelli, & scriptoris ipsius sententia, quæ facile ex præcedentibus colligatur. Sed peto, si qui tales erunt, ut de re velint cognoscere attentius: ita etiam spero, cum audierint, nobis æquiores futuros, & quod ante mi-
2 rum videhatur, ultro probaturos. Ego † vero Paulum ita interpretari non dubito: quasi diceret nullam esse in hac specie certam actionem talem, qualem supra dixit, idest, nullam condictionem, ex quo bene infert de dolo dari debere: dum hoc intelligatur, hanc esse dandam in ea specie, in qua de condictione quæritur; & tamen ea denegatur. In summa de eo, quod factum est, repetendo esse actionem posse; sed non condictionem, ut in superioribus generibus ostenderat, ideo hoc casu de dolo dandam. Sed verba nobis obstant. Quid enim, dixerit aliquis, an non hæc generalia sunt? an non adeo hæc universalis oratio est, nullam civilem actionem fore? qua oratione non una aliqua species actionis civilis, sed omnis civilis actio excluditur: proinde non condictio tantum; sed etiam actio præscriptis verbis, quæ & ipsa civilis est actio. Itaque cum dicimus condictionem solum his verbis, non etiam actionem præscriptis verbis excludi, an non adversantia Paulo dicimus? quis enim ignorat has orationes sibi invicem adversari: nihil eorum verum est, & aliquid eorum verum est: quod a Dialecticis sumptum Iulianus posuit in *L. si is, qui ducenda, §. utrum, D. de reb.*
3 *dub.* Et † sane si uno modo civilis actio dicatur: hoc ita esse fatendum est, fieri non posse, quin Paulo adversemur, si cum ille nullam esse actionem civilem dicit, nos præscriptis verbis actionem esse dicamus. Sed si verbum ambiguum est, quo Paulus utitur, cur non in verbo eam significationem sumimus, quæ cum aliis locis, & vera ratione consentiat, dummodo aliud sensisse Paulum aperte non probetur: Imo vero id ita faciendum est. Atqui verum est illud, quod a Francisco Duareno in hac specie responsum est *ad L. iurisgentium, in pr. D. de pact.* ambiguum esse verbum civilis actionis: quod & nos hoc loco recte usurpabimus. Est enim interdum, cum civilis actio omnem actionem contineat, quæ ex iure civili est, sive sit ex verbis, sive sit ex sententia: quomodo si intelligitur, sane etiam præscriptis verbis actio hoc verbo continetur, est enim hæc ex iure civili, unde & civilis passim dicitur, de quo postea. Hoc sensu si fateamur a Paulo dici, nullam esse civilem actionem, non liceat nobis actionem, præscriptis verbis esse dicere. Sed interdum hoc verbum paulo angustius accipitur, ut eo significetur non omnis actio, quæ sit ex iure civili; sed ea, quæ sit ex verbis ipsis legis, idest, quæ sit certa & solemnis: quæ propterea per excellentiam ita proprie appellatur.

Quod cum sit, certum est actionem præscriptis verbis, quæ incerta est, & ex sententia tantum legis, non ex verbis, hoc verbo non contineri. Unde cum dicatur in *L. interdictum, D. de prec.* precarii nomine nullam iuris civilis actionem esse: nihil tamen contrarii dici putamus, cum alibi de precario legimus, non solum interdicto de precario uti nos posse, sed etiam actione præscriptis verbis. *L. 2. §. 1. L. duo § ult. D. de prec.* Id si ita est, si quis iam ex hoc sensu nullam hic civilem actionem esse dicat, ut sit, nullam certam & solemnem: neque is quidquam alienum a significatione verbi & usu loquendi fecerit, simul idem nec præscriptis verbis actionem excluserit: nos vero id ita hoc loco interpretandum esse contendimus. Sed cur hoc modo potius, quam illo altero, quem & magis usitatum esse, & a Paulo sæpe antea in eadem disputatione usurpatum scimus? Quia si præscriptis verbis actionem ex iis verbis denegabimus, pugnabit sententia cum tam multis locis, quos supra ostendimus: & præterea efficietur ea absurditas sententiæ, quam nulli adhuc aliter interpretati ulla ratione vitare potuerunt. In quo nihil nostro Marte confingimus, ne quis forte hic nos dicat divinare; sed regulam iuris sequimur, quæ est de ambigui interpretatione: quo præcipitur, ut in ambigua voce legis ea interpretatio sumatur, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Et † hac quidem 4
interpretatione ad superioris loci conciliationem usus est Franciscus Duarenus. Sed non progressus longius, ea responsione consecutus est duntaxat, ut efficeret civilis actionis verbo, quo utitur Paulus, non denegari præscriptis verbis actionem;

ſed ex ſententia eius non eſt conſecutus: nam hoc conceſſo nihilominus in eandem fraudem incidit ex eo, quod ſequitur. Cum enim colligit Paulus: *& ideo de dolo dabitur*, ſatis ſignificat ſe etiam actionem præſcriptis verbis excludere; aut certe illud admittendum erit, unam cum altera concurrere, quod pugnat cum edicto de dolo. Ita dum unam difficultatem vitat, in aliam incidit non paulo minorem. Quare hoc addemus, actionis civilis verbo hic intelligi debere certam quidem actionem & vulgarem, ut diximus; ſed non quamvis certam, verum eam, de qua Paulo in ea diſputatione eſt ſermo: ut ſic generalitas verbi ad inſtitutum Pauli accommodetur, nec ad alia pertineat, quam ad ea, de quibus ante a Paulo actum eſt, nam & generalem tranſactionem eodem modo interpretamur, *L. ſi de certa, C. de tranſact.* Porro certa illa actio, de qua egit antea, condictio eſt ob cauſam dati, quam in ſuperioribus duabus ſpeciebus competere dixerat, ſi quis vellet repetere, quod dedit. Quapropter certam actionem, qualem ſupra dixerat, in hac ſpecie competere negans, condictionem competere negat. Ex quo iam recte colligit actionem de dolo dari: hoc ſentiens videlicet, eo caſu dandam, quo caſu condictio requiritur; & tamen non competit. Quæ nos eo deducunt, ut intelligamus eum, de eo, quod factum eſt, retractando agere; in eo removere condictionem; ita plane conſequens eſſe, ut ſit eo nomine actio de dolo.

Hæc verbis huc uſque ſatis convenire nemo negabit. Sed nihil ad rem verba faciunt, dicet quiſpiam, ſi adverſatur ſcriptoris ſententia: quæ in omni ſcripto præcipue ſpectanda eſt *L. in ambigua*,
5 *D. de leg. L. pen. D. ad exh.* Iam † vero quæ res in obſcura voluntate ſcriptoris ſpectari iubentur, ex quibus mens & voluntas coniicitur: uſus verbi, conſuetudo eius qui loquitur, ea quæ præceſſerunt, quæque ſequuntur: *L. ſi ſervus plurium*, 50. *§. ult. D. de legat.* 1. ea omnia hic concurrunt, ut Paulus actionis civilis verbo actionem præſcriptis verbis accepiſſe, & de eo petendo, quod dari debet, præcipue egiſſe exiſtimetur. Scimus in uſu iuris actionem præſcriptis verbis civilem appellari. *L. iuriſgentium, in prin. de pact. L. ſolent, hoc titul.* nec Paulus ipſe aliter loquitur, qui civilem ita nominat abſolute, ut præſcriptis verbis actionem intelligat. Neque id facit alibi; ſed in eo ipſo capite, ideſt, in *L. naturalis*, cuius fragmentum eſt is locus, de cuius interpretatione agitur. Proinde & conſuetudo ſermonis, & uſus loquendi auctoris, & ea quæ præcedunt, hanc ſignificationem quam dixi plane arguunt. Sed ex iis, quæ præcedunt, illud maxime, quod ſibi Paulus in ea tota diſputatione ab initio tractandum propoſuit. Id autem fuit, ut totius ob rem dati tractatus inſpiceretur, in eoque quæreret, non ſolum quæ dati repetitio eſſet; ſed etiam maxime ad petendum id, de quo dando, aut faciendo convenit, quænam eſſet actio. Idque aperte in duobus illis generibus præcedentibus, cum do, ut des, item do, ut facias, ab illo factum eſt. An cenſemus igitur illum velut oblitum, aut diſſimilem ſui non eadem hic de iſta ſpecie, cum facio, ut des, complexum eſſe, quæ de ſuperioribus duobus, & in ea id, de quo non uſque adeo quærebatur, poſuiſſe: illud quod præcipue ad inſtitutum & quæſtionem faciebat, omiſiſſe? Hæc & ſimilia homines eruditi adverſus illam interpretationem diſputare ſolent. Quæ & ipſe ingenioſe dici fateor, & ſunt eiuſmodi, quæ me plurimum ſemper moverint; ſed non uſque eo, ut me uſque adhuc vincere potuerint. Dicuntur enim recte, & omnino admittenda ſunt in omni interpretatione voluntatis, ſed hactenus: niſi abſurditas ſententiæ, & aliorum manifeſtus diſſenſus, quorum præcipue in iure interpretando ratio habenda eſt, refragetur. Nam cum efficitur abſurda, aut falſa ſententia, ſemper illam regulam tenere debemus, potius eam interpretationem capiendam eſſe, quæ vitio caret. *d. L. in ambigua, D. de legib. L. quoties in ſtipulationibus* 80. *inſ. de verb. obl.* Fateor durum eſſe dicere, Paulum in eadem ſignificatione verbi non perſeverare, & quodammodo ambiguitate verbi ludere, atque hoc modo errorem obiicere legenti: dicere ab illo quæſtionem de eo, quod convenerat præſtando hoc loco prætermiſſam eſſe. Sed utrumque ferri poteſt: eſt enim in arbitrio ſcribentis, quomodo eo verbo, quod plura ſignificat, utatur. Nec neceſſe eſt eum qui de aliqua re diſſerit, omnia quæ ad eam quæſtionem pertinent, dicere. Et ne cui uſque adeo mirum videatur, & non conveniens Paulo, quod dicimus, in hac ſpecie, cum facio, ut des, reſpondiſſe illum de condictione; de re autem, quæ ex conventione dari debuit, reſponſionem omiſiſſe: id ipſum facit omnino in ea ſpecie, quæ illi ex facto propoſita eſt ad diſcutiendum in *d. L. naturalis, in pr.* nimirum cum facio, ut facias. De hac enim agens *in §. ult.* ſic diſpu-

disputationem concludit. *Si ergo hæc sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit: & in proposita quæstione idem dici potest & necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi.* Observa eum de servo tantum a me manumisso, idest, de eo, quod a me factum est, actionem dare in id, quod mea interest. Utrum actionem præscriptis verbis intelligimus? minime. Hæc enim de eo est, quod deducitur in conventionem; non de facto retractando. Quàm ergo? nempe de dolo, ut supra in hac specie, cum facio, ut des, responderat: quia nulla sit in eam rem civilis, idest, certa actio ex iis, de quibus hic agitur, idest, nulla condictio. Id si in ea specie, quæ principaliter proposita erat, fecit Paulus, an usque adeo mirum videtur, aut ab eius sententia alienum, idem eum in hac specie, cum facio, ut des, de qua prius responderat, fecisse? Quod etsi non constaret: dici tamen posset, quod iam monui, ferri posse, quod non satis dilucide loquatur Paulus, & quod non omnia, quæ vellemus, persequatur. Hæc enim si vitia sunt: orationis sunt vitia, non sententiæ, quæ nihilominus vera retinetur. At illud ferendum non est, si quis dicat, cum facio, ut des, nullam esse actionem præscriptis verbis: item de eo, quod convenit, de dolo dari. Nam ad hoc refellendum satis est, si dicamus saltem tunc esse præscriptis verbis actionem, cum nullus dolus subest adversarii: nam hoc ita probatur in *L. solent*, & eadem *L. naturalis*, *§. sed si dedi*, *hoc tit.* ut qui neget, nihil amplius, quam ad verba ipsa eorum locorum sit revocandus.

6 Scio † esse, qui dicant, ubi nullus dolus tuus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam, quod etsi superioribus locis satis coarguatur: tamen si quis id concesserit, quid profecturi sint, non animadverto. Non enim Paulus tantum dicit, cum facio, ut des, nullam esse civilem actionem: sed etiam addit, de dolo dandam, quod ipsum aperte falsum est, si nullus tuus dolus arguatur. Dicent dictum Pauli sic esse interpretandum: de dolo dandam actionem, si aliquis dolus arguatur. Atqui ex hoc responso in id, quod volumus, incidunt: non esse verum, quod Paulus simpliciter definit, si eius responsum de eo, quod dari debet, accipimus. Sed illuc redeo, quod dixi, si nullus dolus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, quod supra dilucide ostendimus. Hoc autem posito, absurdum est, si quis neget etiam tunc, cum sciens alienum promiseris, non competere mihi rursus eandem actionem: quæ absurda etiam ex ipsa Pauli sententia nascuntur, si modo illa sententia est Pauli, quam esse alii volunt. Atqui ut ea sententia se ipsa non refelleret: tamen cum de Pandectis agatur, & sint alii loci diserte scripti superiori sententiæ contrarii: faciendum est, quod Iustinianus iubet: id agendum videlicet, quantum possumus, ne unus locus pugnet cum alio. *L. 2. § contrarium*, *C. de vet. iur. enucleand.* In qua conciliatione si quæritur, quid facto sit opus, & qui loci quibus cedere debeant, in promptu est, quid sequi debeamus. Quod positum a D. Augustino in *lib. 3. de doctrina Christiana*, in omni interpretatione & conciliatione dubiorum locorum observari decet, pauciora nimirum per plura: obscura & incerta per certa & dilucida interpretationem & legem capere debere. Quod cum ita sit in hac specie, ut in alteram sententiam, quam defendimus, plura sint & certiora testimonia: recte sit, atque ordine, si huic alios locos concedere iubemus. Sed † demus iam, 7
si ita placet, locum hunc Pauli æque planc, ut superiores, scriptum esse, & quidem ita, ut aperte neget actionem præscriptis verbis esse dandam: quid proficiemus, nisi ut locum esse superioribus contrarium efficiatur? quo admisso, introducetur etiamnum hæc quæstio, quis aliis cedere debeat. At hoc si quæritur, res est expedita. Nam & unum locum pluribus, & obscurum dilucidis, & quod sine ratione dicitur, veræ rationi parere oportet. Nunc autem quam multi sint loci in contrariam sententiam, satis supra demonstravimus. Rationes vero, cur etiam in hac specie præscriptis verbis actio dari debeat, eiusmodi allatæ sunt, ut ne auctore quidem Paulo res dubitationem habere videatur. Conferamus iam contrariam sententiam: quid simile reperiemus? Immo vero ut quis dicat, nullam hic actionem esse præscriptis verbis, ubi fateatur negotium civile geri non minus: quæ tandem ratio, nisi inepta & ridicula reddi potest? Sunt, qui dicant ideo fieri: quia nihil in dantem transferatur, nihil facienti absit: quod in poliente & farciente vestimenta perspicue falsum est. Et ut verum sit nihil transferri: tamen satis est quid fieri, quod erat in potestate facientis non facere: quod factum ei absit, & simul ad voluntatem accipientis pertineat. Alioqui idem in ea specie

dicendum erit, eum facio, ut facias. Alii conventionem dolo malo factam nullius momenti esse dicunt Quod ad hanc speciem non pertinet, ubi is, qui promittit, decipit ipse, non decipitur; & si pertineret, falsum esset, quod ita promittitur, in eo inutilem esse pactionem, de quo satis supra diximus. Alii nullum hic negotium nominatis contractibus simile geri dicunt, ut consequens sit, nullam iuris civilis actionem in eo dari, idest, præscriptis verbis; quod & ipsum cuiusmodi esset, abunde supra ostendimus. Reliquæ rationes, quæ ab aliis huc afferuntur, sunt eiusmodi, quæ refutatione non indigeant, adeo sunt nugatoriæ, & se ipsæ satis ostendunt. quas refellit Alciatus *lib. 5. Parad. Cap. 1.* Duaren. ad *L. iurisgentium, in pr. D. de pact.*

Quare si hac sententia admissa, quasi præscriptis verbis actio in hac specie in *d. §. quod si faciam*, non detur; non tamen perficimus, quominus & Paulum in eo non recte sensisse, & eius sententiam non esse servandam fateri cogamur: an non præstat commoda aliqua interpretatione sic locum eius interpretari, ut eum retineamus & verbis interpretatio conveniat, & nihil sit in sententia Pauli absurdi, nihil quod cum aliis locis non recte
8 conveniat? Dicamus † igitur iam breviter hunc esse sensum Pauli, cum do tibi, ut des, vel do, ut facias, & posteaquam dedi, cessas dare, aut facere: in his non tantum esse mihi actionem adversus te de eo, quod convenit; sed etiam dati repetitionem, in eamque rem actionem civilem, & certam: nempe condictionem ob caussam dati, caussa non secuta. Quod prioribus §§. de duobus illis generibus expositum erat. At si faciam, ut des, & posteaquam feci, cessas dare, esse quidem & hic actionem præscriptis verbis, si de eo, quod convenit, præstando agatur: quod tanquam confessum prætermissum Paulo putamus; verum nullam esse in hoc genere civilem & certam actionem: nullam, inquam, talem, qualem in superioribus generibus esse dixerat, idest, nullam condictionem eius, quod factum est, ob eas caussas, quas initio exposui; & ideo de dolo dandam: intellige hoc casu, quo facti repetitio & condictio quæritur, quæ iure civili nulla est. Quæ † 9
si vera sunt: hæc erit summa disputationis, quam de quatuor generibus propositis contractuum ex *L. naturalis*, & aliis locis teneamus. Cum do, ut des, aut do, ut facias, neque placiti fidem præstas, ultro petenti mihi dati condictio est: si modo quod dedi, sit in ea caussa, ut per rerum naturam præstari possit. Quod si non poterit præstari: veluti, si dedi ancillam, quæ a te manumissa est, licebit nihilominus mihi agere adversus te in id, quod mea interest, ancillam datam non esse: eritque in eam rem de dolo actio, quæ sententia est *L. cum proponas, C. de dol.* At cum facio, ut des, vel facio, ut facias, hic nulla facti esse potest condictio, & ut Paulum loqui arbitramur, nulla est civilis actio: quamobrem & hic eo nomine sine ulla distinctione de dolo dabitur. Atque hæc ita sunt, si de re data revocanda velim experiri. Quod si in id agetur, ut mihi præstetur id, de quo convenit: sic de omnibus contractibus incertis statuemus sine exceptione: sive dem, ut des; sive dem, ut facias; sive faciam, ut facias; sive id, de quo quærimus, faciam, ut des: esse mihi adversus te de eo, quod in conventionem deductum est, actionem civilem, & eam præscriptis verbis, idque sive dolus tuus aliquis intervenerit, sive nullus. Et quia competit actio præscriptis verbis, ideo in hanc speciem de dolo non erit: quia cum civilis sufficiat, non sit a prætore danda. *d. L. iurisgentium, in pr. de pact.* Utrum † de 10
dolo detur, an præscriptis verbis, hoc refert, quod de dolo actio famosa est; *L. 1. D. de his, qui not. infam. L. pen. D. de in int. rest.* præscriptis verbis nequaquam, cum neque edicto de infamibus, neque usquam alibi hac actione damnato infamia irrogetur. Actio de dolo intra biennium solum competit. *L. ult. C. de dolo.* Actio præscriptis verbis, ut civilis, perpetua est, *Inst. de perp. & temp. act. in pr.* Illud tenendum est, cum in his generibus actionem esse dicimus præscriptis verbis, simul hoc dicere nos, esse etiam actionem in factum: nam præscriptis verbis actio est in factum civilis. *L. 1. & 2. hoc. tit.*

CAP.

CAP. XXI.

Præscriptis verbis actio quid sit, & cur sic vocetur.

SUMMARIA.

1. *Præscriptis verbis actio, quid sit.*
2. *Præscriptis verbis actio cur ideo dicta.*
3. *Præscripta verba quid hic significent.*
4. *Præscriptis verbis actio cur dicatur subiici, & subdi, pro dari.*
5. *Nomen actionis in agendo certum exprimi oportuisse iure Romano, si actio certum nomen habuit.*
6. *In præscriptis verbis actione nullum certum nomen exprimi; & quare.*
7. *In factum actionem esse etiam præscriptis verbis, non tamen in usu iuris ita dici, & cur.*

HOC iure de præscriptis verbis, & in factum actione constituto, quid sit utraque, & cur ita vocetur; quid una ab altera differat; quid singularum proprium
1 sit, considerandum est. Ac quid sit † actio præscriptis verbis, ita facile poterit intelligi. Iam primum de hac actione Iulianus scribit in *L. 3. h. t.* ad hanc *confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt*, dixit, *quoties contractus*, non autem in universum, quoties negotia, seu caussæ exsistunt. Ex quo colligimus, hoc verbum usurpari solere non in maleficiis, aut aliis obligationum caussis, sed in contractibus dumtaxat: neque his omnibus, sed iis tantum, quorum appellationes iure civili nullæ sunt: nempe iis, de quibus supra disseruimus, & in his solis; alioqui Iuliano ita dicendum fuit, ad quam confugere necesse est, quoties caussæ aliquæ exsistunt, quarum appellationes, & quæ sequuntur: non autem ad contractus incertos revocare, quod omnium aliarum caussarum commune erat. Iam in *L. 1. & L. 2. eod.* scriptum est, non competere actionem præscriptis verbis, nisi cum cessant iudicia prodita, & vulgares actiones, sive cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina. Ex quo intelligimus, præscriptis verbis actionis nullum nomen esse. Merito, cum unaquæque actio ex eo negotio, unde nascitur, nomen habeat; fieri autem non possit, ut nomen ex contractu nanciscatur ea, quæ ex eo nascitur, cuius nullum nomen est. Neque mirum sit, esse aliqua negotia, quorum nullum nomen proditum sit iure civili; natura enim cogente id fit, qua comparatum est, ut plura sint negotia quam vocabula, ut est in *L. 4. eod.* His de natura huius actionis separatim cognitis, nihil negotii est intelligere, actionem præscriptis verbis sic recte posse definiri: ut sit nuda & simplex, nullo proposito actionis nomine, eius quod in conventionem deductum est petitio, recepta in iis contractibus quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt. Dictam † 2 esse hanc actionem ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & ea demonstratione vice nominis, quo caret, utatur, & multis doctis viris placet, & iam olim docuit Duarenus *ad L. iurisgentium, in pr. D. de pact.* quod & mihi verissimum videtur. Est tamen, nisi explicetur, non usque adeo omnibus expeditum: & non desunt etiam ex viris eruditis nonnulli, qui totam hanc rationem nominis repudient, & ii quidem, quorum doctrina & auctoritas non parum movere nos debeat. Quare, si placet, de eo amplius consideremus. Et paulo timidius de eo affirmaremus, nisi hæc actio hac ipsa circumlocutione describeretur ab Alexandro Imperatore in *L. cum mota, C. de transact.* Sic enim ille. *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subiecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est:* idest, uno verbo, actio præscriptis verbis. Inepta prorsus & aliena descriptio, nisi id, quod ad hanc actionem demonstrandam dicitur, proprium sit eius actionis. Quod si proprium: quis neget, cum verba cum re consentiant, actionem ex re ipsa esse appellatam? At a quo Imperatore tandem hæc descriptio est? Alexandro videlicet, qui non sapiens tantum, sed doctissimus etiam & consultissimus sit habitus: quique in consilio & iure reddendo doctissimis & prudentissimis Iurisconsultis maxime præter cæteros sit usus: ut nemo dubitare possit, quin consuetudinis loquendi, & iuris peritus Princeps in hoc verbo & rebus, & consuetudini loquendi, & iuri consentanea scripserit. Sed

Sed hoc intelligetur certius, si cognoverimus, quid sit, rem gestam demonstrare verbis præscriptis, & cur præcipue id facere hæc actio dicatur: tum enim certo statuetur, hanc verbi rationem, quam maxime rei, & naturæ huius actionis esse convenientem. Res gesta est id, quod factum, gestum, contractum est; unde hæc quoque actio in factum appellatur, ut postea pluribus indicabimus. Demonstrat actio rem gestam, cum editur: sic enim editur, ut res, seu factum exponatur, sic deinde subiiciatur petitio. *L. edita, C. de eden.* Demonstrat verbis: nempe iis, quibus res gesta narratur & exponitur, dum ipsa editur. Demonstrat autem verbis præscriptis, ubi † præscriptis accipere non debemus, certa & velut ad certam formulam concepta: ut cum dicimus, conceptis verbis iurare (nulla enim in hac actione verborum conceptio est, quæ in directis solum, & solemnibus actionibus olim observabatur, non in utilibus. *L. antepen. D. de neg. gest.* alioqui vulgares & usitatæ actiones, quæ certis conceptionibus constabant, multo magis præscriptis verbis dici debuerunt) sed præscripta verba hic declarant, ante scripta: dicuntur enim ita, habita ratione ipsius petitionis, quæ instituitur. Verba rei gestæ præcedunt, seu, quod idem est, res, ut gesta est, ante narratur: sequitur deinde petitio: ita verbis rei gestæ ante scriptis petitio subiicitur. Ad † quem ordinem verborum & actionis alludens Papinianus in *L. 1. in fin. eod.* pro his verbis, *in factum civilis datur actio*, dixit, *in factum civilis subiicitur actio*, cur subiicitur, nisi quia in ea proponenda aliquid præcessit? quid autem præcessit, nisi verba rei gestæ, unde merito hæc præscripta, idest, ante scripta dicuntur, eademque forma loquendi dictum est in *L. si pro fundo, C. de transact.* agi *præscriptis verbis, actione civili subdita*. Nec dissimiliter præscriptionis verbo usus est Cicero *Epist. 2. lib 5. ad fam.* dum ita scribit, *iam illud S C. quod eo die factum est, ea præscriptione est*. Similiter & Cornelius Tacitus *Lib. 1. Annalium*, his verbis de Tiberio loquens: *Ne edictum quidem, quo patres in curiam vocabat, nisi Tribunitiæ potestatis præscriptione posuit sub Augusto acceptæ*. Id est, nisi prius scripto titulo Tribuni plebis, quo se ostenderet, eam vocationem instituere non pro imperio principis, sed solum pro Tribunitia potestate, quam ab Augusto accepisset. Dixerit hoc loco aliquis, nihil in hac præscriptione & demonstratione rei gestæ proprium esse huius actionis: rem enim esse omnium actionum communem, ut cum actio editur, factum & res ante gesta exponatur, tanquam caussa actionis: deinde subiiciatur petitio. Nam nisi id fit, neque adversarius speciem facti intelligere potest, neque illud scire, utrum cedere, an contendere debeat: ignorans, sitne aliqua idonea caussa, cur a se petatur, an nulla, quod tamen illi in omni actione edenda præstandum est. *L. edita, C. de eden. L. 1. D. eo.* Quod si verum est: non magis videtur hæc actio dici debuisse præscriptis verbis, quam cæteræ omnes, in quibus eadem verba præscribuntur in editione actionis. Sed neminem movebit hæc obiectio, qui intelliget actionem præscriptis verbis ideo ita dictam, quia solum verbis præscriptis rem gestam demonstraret; non etiam alio indicio actionis proprio ad se ostendendam uteretur. Similiter ut obligationes ex consensu dicuntur, non quæ consensum in se habent (alioqui omnes obligationes ex contractibus descendentes dicerentur ex consensu nasci: cum nullus sit contractus, qui non habeat in se consensum & conventionem; *L. 1. § 1. D. de pact.*) sed eæ, quæ solo consensu contrahuntur, *Inst. de obl. ex cons.* Cæteræ actiones certæ & vulgares verba quidem rei gestæ habent; sed in his non consistunt: est aliud quiddam earum proprium, quo unaquæque designatur in iudicio, & unde nomen habet itidem. Ut in iis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, fieri videmus, quæ præter consensum, aut rem, aut verba, aut literas desiderant: hæ enim non consensu contrahi dicuntur, sed aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis. Quid † ergo 5
in cæteris actionibus vulgaribus edendis, & proponendis requiritur, quod sit proprium uniuscuiusque? nomen certum actionis, quod in actione proponenda exprimi iure Romano oportuit, ac sine eo nulla fuit actio, ut pluribus ostendi *ad L. edita, C. de eden.* patetque *ex L. 1. & L. 2. hic. L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* Hinc illæ veterum dubitationes in quibusdam caussis, de titulo & nomine certo actionis constituendo, cum alii alium contractum, aliamque actionem esse dicerent. *L. 1. D. de æstimat. act. L. naturalis, §. ult. L. si tibi rem, §. Iulianus L. apud, §. 1. & similibus, hoc tit.* quæ omnis supervacua erat quæstio, si in illis speciem tantum facti aperte proponere sufficiebat, ac deinde petere, ut id, de quo convenit præstaretur.

Hæc

6 Hæc † nomina cum in omnibus negotiis non occurrerent. Cum, ut dixi, plura sint negotia, quam vocabula: necessitas eo rem deduxit, ut aut in his deneganda esset actio, aut præscriptis verbis esset agendum. Non si nomen actionis nullum fuit, ideo actionem denegari oportuit, si eam dari eadem æquitas postulabat. Quid enim nomen de re mutare debuit, aut potuit? bene Iustinianus in *L.* 2. *C. com. de leg.* dicit leges non verbis, sed rebus esse imponendas. Ita hoc relictum est, ut confugiendum fuerit ad actionem præscriptis verbis, ut dicitur in *L.* 2. & *3. *eod.* idest, ad eam formulam, qua sine ullo nomine actionis res gesta tantum demonstraretur verbis, ac deinde ex re ipsa petitio subiiceretur. Inde præscriptis verbis dicta, quæ ita rem gestam demonstrat his verbis, ut hac demonstratione pro iusto nomine utatur. Quæ cum videamus tam præclare rebus convenire, & præterea tam aperta descriptione doctissimi Imperatoris confirmari: neminem facile postea futurum arbitror, qui his cognitis, hic amplius hærendum esse arbitretur.

Non desunt tamen, ut dixi, etiam doctissimis hominibus quibusdam rationes, quibus hæc notatio improbetur. Nam si ex eo dicta est actio præscriptis verbis; quia verbis ante scriptis rem gestam demonstret, quæcunque actiones ita verbis rem gestam demonstrabunt sine ullo nomine actionis, eæ dicentur præscriptis verbis: necesse est enim, cui definitio nominis convenit, eidem tribui & nomen definitum, itaque etiam in factum actiones prætoriæ erunt præscriptis verbis. Nam & hæ hac ipsa rei gestæ demonstratione, non ullo certo nomine actionis constant. At prætoriæ in factum actiones, quales sunt, quæ in subsidium legis Aquiliæ dantur, non sunt actiones præscriptis verbis, satis enim constat, actionem præscriptis verbis civilem esse, de quo postea, non prætoriam: ex contractu, non etiam ex delicto. Non igitur ex ea rei gestæ demonstratione præscriptis verbis actio dicta est. Addunt etiam Græcorum auctoritatem. Nam Harmenopulus *lib.* 2. *Epito cap.* 3. sic hanc actionem expressit, ut eam nominaret τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: ut sit actio præscriptarum conventionum, seu ex præscriptis conventionibus, sive ex præscripto conventionum.

Et † quod ad superiorem rationem attinet, agnosco eam esse eiusmodi, quæ sit animadvertenda. Nam & ego illis assentior, si vera notatio est, dicendum esse, quæcunque actiones demonstratione rei gestæ pro nomine, quo carent, utantur, eas & præscriptis verbis esse actiones. 7
Idem admitto consequens esse, etiam in factum actiones, quæ sunt prætoriæ, præscriptis verbis actiones dici posse, & re vera esse. Hoc illi falsum esse, & certis locis teneri putant. Ego doceo esse verissimum: omninoque ita se rem habere, ut quæcunque est præscriptis verbis actio, eadem sit & in factum: & contra quæcunque est in factum, eadem sit & præscriptis verbis.

C A P. XXII.

In factum actio quid sit, & quid ab actione præscriptis verbis differat.

S U M M A R I A.

1. *In factum actio, quid sit.*
2. *In factum actionem eandem esse & præscriptis verbis, & quæ præscriptis verbis, eandem in factum.*
3. *In factum actionem & actionem præscriptis verbis significatione easdem, in usu tamen iuris distingui: & quamobrem.*
4. *Harmenopuli sententia de actione præscriptis verbis explosa.*
5. *Præscriptis verbis actionem, quæ dicitur, non ideo esse ex verbis.*
6. *Præscriptis verbis actionem minime esse ex præscriptis conventionibus, seu ex præscripto conventionum, & minime inde dici.*
7. *Præscriptis verbis actionem dicamus, an ex præscriptis verbis, multum interesse, & in eo valde falsum esse Harmenopulum.*

1 Quid † est enim in factum, aut quæ vis huic verbo subiecta est? Et dicitur in factum, non quæ datur adversus factum: omnis enim actio in personam ex facto est adversus personam, non adversus factum. *L. actionum, in pr.* & §. 1. *D. de obl. & act.* sed in factum valet, iuxta, sive secundum id, quod factum est, concepta & composita actio. Quod ex eo intelligimus, quod plerisque in locis cum in factum actio, aut exceptio nominatur, additur concepta, aut com-

compoſita, ut *L. quod bonis, in pr. D. ad leg. Falc. §. 1. Inſt. de exc.* Quomodo autem concipitur, aut componitur in id, quod factum eſt? verbis videlicet, quæ ante ſcripta id ipſum factum, ideſt, rem
2 geſtam demonſtrant. Atqui † nihil aliud declarat præſcriptis verbis actio, quam eam ipſam actionem, quæ verbis in factum compoſita, aut concepta eſt: cum enim nomino actionem præſcriptis verbis, oratio eſt, cui apparet aliquid deeſſe, ſubauditur autem, conſtans, vel concepta, ſeu compoſita. In quid autem verba præſcribuntur, ſeu præſcripta concipiuntur? nempe in rem geſtam, ut appellat Alexander in *d. L. cum mota, C. de transact.* ideſt, ut nunc loquimur, in factum, unde & præſcriptis verbis actio dicitur in factum. *L. 1. & paſſim, toto hoc tit.* Et ut intelligatur in *præſcriptis verbis* ea verba ſignificari, quæ præſcribuntur *in factum:* interdum plena oratione coniunguntur illa, diciturque *actio præſcriptis verbis in factum*, ut in *L. Titius, eod.* quod nihil aliud eſt, quam actio, conſtans verbis in factum præſcriptis. Ex quibus apparet, utriuſque verbi vim & poteſtatem eſſe eandem: ſicque fieri omnino, quod dixi, ut omnis præſcriptis verbis ſit etiam in factum, de quo convenit. *L. 12. ſi vir, L. ſi tibi rem, & paſſim, eod.* Sed & idem vice verſa valet, ut quæ in factum eſt compoſita, ſit, & conſtet verbis in factum ante ſcriptis, ideſt, præſcriptis.

3 Sed † fruſtra laboramus, dicent: cum certo conſtet actiones in factum ab actionibus præſcriptis verbis diſtingui: quippe actiones in factum etiam ex maleficiis naſci, eaſdemque eſſe prætorias. *L. quia actionum, eod.* At præſcriptis verbis actionem ex contractibus dari. *L. 3. eod.* & civilem eſſe, non prætoriam. *L. iurisgentium, in pr. D. de pact. L. ſolent, hoc tit.* Nego hæc eſſe contraria: diſtinguuntur enim illa in uſu iuris, non vi & ſignificatione verborum; ſed docendi gratia. Notatio & vis horum verborum manifeſta eſt, ut dicatur in factum, quæ eſt in factum, & rem geſtam concepta; & præſcriptis verbis, quæ conſtat his ipſis verbis in factum ſcriptis: ut latine ſcientibus ſine dubio utrumque compendio ſermonis idem exprimat. Sed in uſu iuris diſtinguuntur illa, ut præſcriptis verbis intelligatur ea, quæ eſt in factum civilis, ex contractibus incertis prodita; actio autem in factum generis quidem nomen ſit: ut plurimum autem dicatur ea ſpecialiter, quæ ex maleficiis, aut quaſi maleficiis, quorum nullæ ſunt iure civili appellationes, competit, dicta *L. quia actionum, eod. L. actionum, in fin. D. de obl. & act.* An quia, inquam, iſtorum ſignificatio diverſa eſt ſecus, quam diximus? minime: ſed quia viſum eſt ad docendum commodius, ſingulas res ſingulis appellationibus diſtinguere; quia ſingulæ ſuis nominibus notatæ facilius diſcernantur. Hoc ſi a nobis nunc primum excogitatum eſſe ad defenſionem; cæterum novum & aliis in rebus inſtitatum putum putamus, in iure civili peregrini & hoſpites ſumus. Notum eſt enim, quid Iuſtinianus ſcribat de verbis iniuſti, rupti, & irriti facti teſtamenti in *§ alio, Inſt. quib. mod. teſt. infr.* Si vim & ſignificationem verborum ſequimur, quodcunque iniuſtum eſt, idem irritum eſt: & nullum irritum, niſi quod iniuſtum, idemque de rupto & irrito multo magis licet dicere. Nam & quod rumpitur, irritum ſit ſine dubio: & quod ſit irritum, quid aliud, quam rumpitur? quod & Iuſtinianus ibidem teſtatur. Atqui iſta diſtingui ſcimus in uſu iuris, ut quædam non iure facta dicantur, quædam iure facta rumpi, vel irrita fieri. An quod illa, ſi verborum vim ſpectamus, non idem ſignificant? imo, inquit Iuſtinianus: ſed quia commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui. Et ne id in ſuperioribus tantum verbis factum putemus, idem videmus evenire in re quam ſimillima, nimirum in verbis actionis & petitionis, quæ cum idem ſignificent, ut indicat *L. exſtat, in pr. D. quod met cauſ.* tamen in iure, docendi cauſa, ita diſtinguuntur, ut ſint ſpecies diverſæ: ſitque actio in perſonam, petitio in rem, & nihilominus rurſum actio generis nomen obtineat. *L. actio, D. de obl & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. ſign.* Quid actio ex ſtipulatu? nonne ſi verbi ſignificatio attenditur, omnem actionem continet, quæ eſt ex ſtipulatione, etiam certa? non eſt dubium. Nam ſtipulatus valet idem, quod ſtipulatio, neque aliud declarat hoc verbum in *L. pecuniæ, in pr. D. de uſur. L. 3 in fin. C. de inutil. ſtipulation.* unde actio ex ſtipulatu dicta etiam tunc, cum certa eſt ſtipulatio: ut ſit actio ex ſtipulatione. *L. prædia, D. de act. em. L. ſi pacto, C. de pact.* Atqui uſus iuris obtinuit, ut actiones ex ſtipulatione ſic diſtinguantur: ut ex certa ſit condictio certi, ex incerta ſit ea, quæ proprie appellatur ex ſtipulatu, & quidem ita, ut ea negetur ex ſtipulatione certa competere in *L. ſi quis certum, D. ſi cert. pet.* Quare non eſt, quod illa obiectione deterreamur, quominus eam nota-

tio-

tionem, quam posui, quæ se ipsa ostendit, & certa auctoritate Imperatoris Alexandri nititur, retineamus.

4 Sed † opponitur nobis auctoritas Harmenopuli: Gravis scilicet auctor Harmenopulus, & dignus, cuius audiendi caussa vadimonium deferatur, credo: quia Græcus est, & aliena lingua, non Latina utitur. At vide, quam a plerisque, qui istum nobis obtrudunt, dissentiam. Ego si quid verum me habere credam, continuo mihi suspectum fiat, si idem ab Harmenopulo positum videam. De quo homine non necesse habeo dicere, quod sentio, & quod homines eruditi, cum parcissime loqui volunt, de eo dicere solent, hominem peregrinum fuisse, in iure Romano non satis exercitatum, sæpe etiam rudem videri. Tantum dicam, quod buius loci proprium est, vel hunc unum locum, & interpretationem Harmenopuli de actione præscriptis verbis abunde sufficere, ut probetur isti homini non tam peritiam iuris Romani, quam iudicium, & linguæ Romanæ etiam mediocrem cognitionem defuisse. Cum illæ præscriptis verbis interpretatur τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: nempe *verba* interpretatur conventiones, & *præscriptis verbis* idem valere vult, quod ex præscriptis verbis, seu ex præscripto conventionum, idem enim declarat actio locati & conducti, quod actio ex locato & conducto: actio empti & venditi, quod

5 ex empto & vendito. Quam in paucis verbis multa peccata. Principio † quomodo hæc actio ex verbis? nullo vero modo ex verbis nasci dici potest. Nam primum non semper cum trado tibi aliquid, nominatim convenit verbis, ut vicissim aliquid facias; sed ex eo, quod certo modo datur, tacite intelligitur, quid agatur: nec tamen minus hinc nascitur præscriptis verbis actio de eo, quod tacite actum est, quam si nominatim convenisset: ut, si dem tibi servum quæstionis habendæ caussa, cum furti argueretur, neque nominatim convenerit, ut, nisi de eo compertum esset, redderes: si gratuitam habitationem dedi, si dedi annulum inspiciendum, neque convenit, ut redderes. In his omnibus quia id agitur, ut quod alicuius rei gratia tibi trado, ea, re finita, reddas: actio præscriptis verbis competit, ut reddas. *L. si dominus*, *L. si gratuitam*, *in pr. L. duo*, *h. tit.* Et quomodo tandem ex verbis actio dici potest, ubi de re præstanda nulla omnino verba sunt? Demus nominatim convenisse, ut dares, aut faceres, num ideo obligatio, aut actio ex verbis? Ex conventione, & pacto nasci dici potest: ex verbis non potest. Neque enim conventio est, verba; sed is consensus, qui verbis declaratur: neque cum aliquid convenit in emptione & venditione, locatione & conductione, & similibus contractibus, qui consensu perficiuntur, etsi verbis id caveatur, ideo ex verbis obligatio, seu actio nasci dicitur, sed ex consensu. Tunc solum verborum, seu ex verbis obligatio esse dicitur, cum præter consensum ad obligationem contrahendam verbis, idest, interrogatione & responsione est opus: quæ cum in his contractibus, cum do, ut des; do, ut facias, & cæteris similibus non desiderentur: perspicuum est, neque hic actionem esse ex verbis, neque ita dici præscriptis verbis, quasi verba hic significent τὰς συμφωνάς, seu conventiones.

Iam † vero quid est hoc actionem præscriptis verbis dici: quia sit non tantum ex verbis, sed etiam ex verbis præscriptis, seu ex præscriptis conventionibus, aut præscripto conventionum? Si hoc intelligit: cum do tibi, ut des, aut facias; cum facio, ut des, aut facias, nisi conventio præscripta erit, non competere præscriptis verbis actionem, toto iure errat. Ex contractibus incertis est hæc actio: nihil porro ad obligationem scriptura facit, si alio modo contractus probari potest. *L.* 4. *D. de fid. Inst. L. instrumentis*, *L. cum instrumentis*, *C. eod.* Sin hoc putat, competere hanc actionem, etiam nulla scriptura interveniente: quis non videt eum non attendere, quid dicat, si hoc dicit: nihilominus actionem ex ante scripta conventione nuncupari, ubi scriptam conventionem nullam esse fateatur? quod plane idem est, ac si quis actionem ex verbis esse dicat, ut ubi res sine verbis gesta est; aut literarum obligationem, ubi nullas literas esse concedat. At ego plus dico, etsi conventio præscripta sit, & ex ea agatur; non ideo tamen dicendum, esse hanc actionem ex præscriptis conventionibus, seu præscripto conventionis. Nascitur obligatio & actio ex conventione, seu contractu, qui instrumento continetur: non ex scriptura, quæ, ut dixi, ad fidem rei gestæ tantum, non ad obligationem pertinet. *d. L.* 4 *D. de fid. Inst.* Emptio mihi tecum contracta est, & instrumento præscripta; dicetur tamen actio ex empto esse ex emptione, non ex præscripto emptionis, aut conventionis. Similiter etsi a te stipulatus sim fundum, & res instrumentis gesta sit: dicatur tamen ex verbis, seu verborum obligatio adversus te nasci, non etiam ex scri-

ptura,

ptura, seu praescripto verborum, aut stipulationis. Sciamus igitur ex scriptura conventionis praecedente, sive ex praescripto conventionis hanc actionem praescriptis verbis non esse appellatam, sive scriptura revera praecesserit, sive nulla: quod quidem postremum nullam dubitationem habere potest.

Atque haec quidem illum, si quid in iure intelligeret, satis monere potuerant, non sic praescripta verba in hac actione accipienda esse: quasi ea, quibus conventio ab initio composita est, significarentur.
7 Sed † apparet, quid eum deceperit. Ille putavit actionem praescriptis verbis idem esse, quod actionem ex praescriptis verbis. Nam, ut dixi, τῶν προγεγραμμένων συμφώνων est interpretatus: quod valet praescriptarum conventionum, seu ex praescriptis conventionibus. In quo iam non iuris igorantia, sed ipsius etiam Latini sermonis inscitia turpiter labitur: multum enim inter ista interest. Actionem ex praescriptis verbis cum dico, ea adiectione, *ex praescriptis verbis*, caussam & originem significo, unde haec actio nascitur, nempe contractum & conventionem. Actionem *praescriptis verbis* cum dico, per verba praescripta illa intelligo, quibus in edenda actione res gesta exponitur, & demonstratur, ut est in *d. L. cum mota, C. de transact.* Inter quae tantum interest, quantum inter caussam & effectum, inter contractum & actionem, sive instrumentum id, quo ad instituendam actionem utimur. En cur Harmenopuli auctoritati tantum tribui debeat, ut eam in notatione, & significatione huius verbi etiam manifestae sententiae optimi auctoris Alexandri opponere oporteat. Nos vero cavebimus, si sapimus, ne tam bono interpreti quidquam in posterum facile credamus. Manebit igitur, quod initio posueram, recte Alexandrum hanc actionem ita expressisse, ut diceret eam esse, quae praescriptis verbis rem gestam demonstret, & omnino inde esse nominatam. Illud cavendum, etsi inde non diceretur, ne tamen ideo dictam putemus, quia sit ex praescriptis verbis, idest, ex praescriptis conventionibus.

C A P. XXIII.

Quae, & qualia sint ea, quae tanquam propria actioni praescriptis verbis passim tribui legimus.

S U M M A R I A.

1. *Praescriptis verbis actionis propria quae.*
2. *Praescriptis verbis actio cur dicta* in factum.
3. *Praescriptis verbis actio cur* civilis *dicta.*
4. *Praescriptis verbis actio cur* utilis. *&* numer. 5. 6.
5. *Directa actio & utilis quid, & unde dicta.*
6. *Certae & solemnes actiones itemque vulgares & usitatae, quae & cur ita dicta.*
7. *Negotia cum do, ut des; do ut facias; facio, ut des; facio, ut facias, si in speciem certi alicuius contractus non cadunt; certis tamen esse similia, & quibus.*
8. *Praescriptis verbis actio incerta, & cur ita dicta.*
   Proprius contractus, specialis & distinctus ab aliis, in L. rogasti, de praesc. verb. *ibid.*
9. *Praescriptis verbis actio incerti dicta, & cur.*
10. *Praescriptis verbis actio in id, quod interest, etiam tum, cum do, ut des; aut facio, ut des: & cur hoc praeter regulam iuris.*
11. *Id quod interest, an res quae dari debet, petatur, quid intersit.*

DEinceps quae huic actioni tribuantur, sive quae sint huius actionis propria,
1 videamus. Et † praeter ea, quae definitione complexi sumus, haec omnia illi tribui animadverto. Nam & in factum dicitur, & civilis, & utilis, & incerta, & frequentius incerti, & quod praecipue animadvertendum est, eiusmodi est, quae competat in id, quod nostra interest etiam tunc, cum convenit, ut mihi dares; quae omnia non usque adeo expositam rationem habent, eo nobis breviter explicanda sunt. In † factum dici constat *L.* 2
1. L. si vir. L. si tibi rem, in pr. §. ult. L. duo. L. Titius, h. t. nempe ob eam caussam, quam supra pluribus exposui: quia verbis est praescriptis, seu compositis in factum: quasi dicas in rem gestam, & id, quod factum est. Civilem † 3
esse constat, non praetoriam. *L. iurisgentium, in princ. D. de pact. L. 1. L. insulam, L. solent, hoc tit. L. rebus, C. de rer. perm.* Quod significat iure civili constitutam esse, non edicto praetoris,

§. 1.

§. 1. *Inst. de obl.* §. *sed istæ, Instit. de act.* Est autem civilis: quia ex contractibus, de quibus iure civili actio eo modo
4 constituta est, de quo iam dicemus. Ita † civilis est, ut sit tamen utilis, non directa: sic enim describitur ab Alexandro in *d. L. cum mota*, C. de transact. *utilis actio*, inquit, *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est*. Utilem accipimus, non efficacem, & eam, quæ opponatur inutili. Nam si danda est, non debuit adiici utilis: cum si iure detur, non possit, quin sit utilis, ubi is, cui datur, ad agendum admittitur: sed utilem, ut in usu iuris accipere solemus, eam, quæ hoc verbo distinguitur a directa. *L. antep. D. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de*
5 *leg. Aquil.* Est autem † directa, quæ verbis legis in aliquem datur, quasi quæ verbis legis dirigatur, seu feratur recta in aliquem: utilis, quæ sine verbis legis datur ex sententia, ut declaratur exemplis ad legem Aquiliam accommodatis, in dicto, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* utilis dicta, quasi quæ cessantibus verbis legis detur propter eandem utilitatem, ut significatur in *L. quia actionum, hoc tit.* Ita in summa hoc volumus, præscriptis verbis actionem ita iure civili dari, ut sit tamen non verbis legum constituta, sed ex sententia per interpretationem propter similitudinem negotii ad hoc genus negotiorum incertorum traducta. Idque ita esse sic intelligere possumus. Nam primo ita compositæ sunt actiones, ut eas Romani certas, solemnesque esse vellent. *L. 2.* §. *deinde ex his legibus, D. de reg. iur.*
6 Certas † & solemnes sic accipimus, quæ & formulis certis constarent, quæ postea sublatæ sunt Tit. *C. de form. & impetrat. act. subl.* & certo ac constituto nomine notarentur, quo uterentur vulgo in actionibus instituendis: inde vulgaris & usitata actionum nomina appellata: inde quæ vulgaria & usitata nomina sunt, eadem & iure prodita dicuntur, *L. 1. 2. & 3. h. t.* Eiusmodi nomina actionum nulla esse potuerunt in iis negotiis, quæ prius ipsa certo nomine non appellarentur: cum ut iam aliquoties dixi, actio ex genere negotii & contractus nominetur. Ita eveniebat, ut ex his negotiis quemadmodum nullæ erant appellationes proditæ: sic nec essent actiones. Et hæc quidem ita existimari necesse erat, si verba legum spectarentur. Sed eum, cui dedi, aut feci aliquid ea lege, ut mihi vicissim quid daret, aut faceret, non teneri mihi iniquum est: cum duæ sint hic, cur mihi obligetur, caussæ, & quod pactus est se daturum, facturum: & quod prius dedi quid, aut feci ea lege, ut daret, faceret. Quamobrem hic quoque actionem esse placuit, ut non verba, sed res spectaretur. Quid ergo? potuit alicui sine certo iure actio esse constituta? Minime: cum hoc sit in divisione obligationum omnium aut civilem esse, aut prætoriam §. 1. *Inst. de obl.* eademque actionum ratio est §. *sed istæ, Instit. de act. L. actionum*, §. *ult. D. de obl. & act.* Sed quæ hic ex verbis legum non est actio, ea recte inducitur ex legum sententia, cognitis videlicet iis caussis, in quibus actio certa nominatim iure civili constituta est: & eorum negotiorum, de quibus agitur, similitudine animadversa, iuxta *L. non possunt, & L. seq. D. de legib.* Constat actiones certas & vulgares ex emptione & venditione, locatione & conductione, mandato, societate, commodato constitutas esse. Proponantur igitur nobis aliqua negotia, quæ istis nominibus appellari non possint: verumtamen & genere facti, & ratione sint similia: sententia legis postulabit, ut & de his actionem demus: quæ verbis non inducta, directa quidem non erit, at inducta ex sententia dicetur utilis.
Talia † sunt autem hæc negotia omnia, 7
cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, ubi ea in speciem aliquam certi contractus non cadant. Cum do, ut des, permutatio est. Permutatio non est emptio & venditio: sed est emptioni plane similis. *L. 1. D. de contrah. empt. L. D. de rer. permu. L. sciendum*, §. *deinde, D. de Ædil. ed.* Cum do, ut facias, aut facio, ut des: sive pecunia non intervenit, sive intervenit quidem, sed non est id factum, quod locari soleat, non est locatio & conductio: sed tamen negotium geritur simile locationi & conductioni: quia unus dat, alter operam præbet: quod & ipsum sit in omni locatione & conductione, de quo quia satis supra disseruimus, non necesse est hoc loco eadem inculcari. Cum facio, ut facias, negotium mandato simile est, ut Paulus testatur in dicta *L. naturalis*, §. *ult.* interdum & commodato, ut in specie *L. si gratuitam, in pr. &* §. *si cum unum, eod.* Hinc est, cur ex his contractibus sit actio, & cur sit utilis. Et hoc est, quod Paulus in *d. L. naturalis*, §. *ult.* in ea specie, cum facio, ut facias, cum actionem præscriptis verbis esse dixisset, subiecit, quod esset tanquam rationis vice. *Quæ actio*, inquit, *similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi & emptioni.*

Quia similis: ex eo intelligi vult recte in his casibus esse introductam, & simul utilem esse significat, non directam, quod quærimus: quippe ex sententia esse, non ex verbis legis; alioqui non superioribus similis diceretur, sed cum his eadem. Sed cum constet hanc actionem ex verbis iuris civilis non esse, quomodo dicitur civilis, sive ex iure civili? quia verbum, *ex legibus*, intelligitur, non solum, quod est ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. *L. nominis*, *§. ult. D. de verb. sign.*

8 Dicitur † & hæc actio incerta, *L. rebus*, *C. de rer. permu. L. 3. C. de inut. stip.* quia nullo certo ex contractu, & qui proprio nomine appelletur: sed modo ex hoc, modo illo datur: ut quemadmodum incertus est contractus, ex quo actio competit, sic & ipsa incerta sit, quæ inde datur actio. Nam quod in *L. rogasti*, *h. tit.* dicitur hæc actio interdum competere ex negotio proprii contractus, proprius contractus illis dicitur, non certus, & certo nomine constans, sed specialis & distinctus ab emptione, de qua illic dubitari poterat, an contraheretur. Fre-

9 quentius † apud Iurisconsultos dicitur incerti, tot enim locis in Pandect s Florentinis ita dici legimus. *L. iurisgentium*, *in princ. D. de pact. L. insulam*, *L. si dominus*, *in fin. L. ob eam*, *hoc tit. L. duo*, *§. ult. D. de precar.* nempe quia persequitur hæc actio id, quod interest, ut iam indicabimus. Id autem quod interest, incertum. *L. si pœnam*, *D. de verb. obl. §. non solum*, *Inst. eod* Itaque ita dicitur actio præscriptis verbis actio incerti, ut illa, quæ adversus eum comparata est, qui cautioni iudicio sistendi caussa non paruit: quam ideo incerti actionem nominari constat: quia fit in id, quod actoris interest. *L. ult. D. si quis in ius voc. non ierit.*

10 Hoc † quidem constat, actionem præscriptis verbis ex omnibus quatuor generibus contractuum propositis esse in id, quod mea interest. De duobus illis non dubitatur, cum do, ut facias, vel facio, ut facias: *L. si tibi decem*, *hoc tit.* quandoquidem cum in his dicimus actionem esse in id, quod interest, regulam iuris sequimur in omnibus aliis faciendi obligationibus constitutam; est enim in his petitio & condemnatio in id, quod interest. *L. stipulationes non dividuntur*, *vers. Celsus*, *D. de verb. obl. l. 1. in princ. D. de act. empt. L. si quis ab alio*, *§. ult. D. de re iud.* In reliquis duobus generibus, idest, cum do, ut des, quia id agitur, ut quid nobis detur, conveniens esse videbatur regulæ iuris, quæ servatur in dandi obligationibus, ut esset actio de eo, quod dari debuit, non autem in id, quod interest. Cum enim dicitur dandi obligatio, quæ ex stipulatione est, certa esse, *L. ubi autem*, *§. ult. D. de verb. obl.* vi ipsa hoc dicitur, ex eo genere in id, quod interest, actionem non esse: alioqui & ipsæ obligationes dandi essent incertæ: cum id, quod interest, sit, ut iam dixi, incertum. Nunc autem etiam in his generibus posterioribus hoc observatur, ut sit præscriptis verbis actio in id, quod mea interest illud, de quo convenit, accipere. *L. naturalis*, *in pr. eod.* in quo non dubium est, quin a regula iuris, & cæterarum dandi obligationum recessum sit in hac actione. Cur sit recessum, cum par videatur ratio, non immerito dubitatur. Et in *L. 3. C. de inutil. stip.* scriptum est, hunc esse effectum incertæ actionis, ut ita condemnatio concludatur. Ex quo colligimus, sic ab initio in his contractibus datam esse ex pacto actionem: ut tamen omnibus rebus placeret eam incertam esse, idest, non solum nomine & titulo actionis incertam; sed etiam rei petitione: denique non sic esse datam, ut præcise actor posset petere rem promissam sibi dari, sed solum, quod sua interest. Utrum † res in iudicium dedu- 11 catur, an id, quod actoris interest, hæc istarum rerum differentia est, quod si res petatur, una cum re etiam fructus, & omnes accessiones post litem contestatam veniant. *L. cum fundus*, *in prin. D. si cert. pet.* si id solum, quod interest, habetur tantum ratio æstimationis eius, quæ fuit tempore litis contestatæ; neque actio postea locum habet ad incrementum, aut deminutionem Arg. *L. ubi*, *D. de eden.* de quo scripsimus abunde ad *L. vinum*, *D. si cert. pet.* & *L. si quis ab alio*, *D. de re iud.*

CAP.

C A P. XXIV.

Actionem in factum generis verbum esse: eius species duas, civilem in factum, & prætoriam: atque hanc rursum duplicem, & quænam hæ species.

DE actione in factum præter ea, quæ supra dixi, hæc habeo, quæ moneam: cum actio præscriptis verbis, quæ civilis est, sit in factum, ut supra diximus: præterea, quæ prætoriæ incertæ sunt ex maleficiis, aut quasi maleficiis, dicantur in factum, *L. quia actionum, hoc tit.* hinc satis intelligi actionem in factum dici omnem actionem incertam, proinde generis nomen esse, cuius duæ sint species: civilis in factum, quæ proprio vocabulo dicatur præscriptis verbis: tum in factum prætoria, quæ proprie & absolute dicatur in factum. Sic autem proprie dici actionem in factum, constat *ex d. L. quia actionum, & L. actionum, §. pen. D. de obl. & act.* Qua eadem ex re facile intellectu est, hoc verbum & generaliter accipi, & specialiter: prorsusque in eo idem evenire, quod in verbo adoptionis, actionis, cognationis: de quibus sui loci consulendi sunt, *L. 1. & L. 2. D. de adopt. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign. L. non facile, §. cognationis, L. iurisconsultus, §. 1. D. de grad.* Illud adiiciendum est, actionis in factum, quam proprie ita appellari diximus, duas esse species, quædam enim adiuvandi iuris civilis gratia comparatæ a Prætore nominatim eius edicto propositæ sunt: qualis est, quæ patrono datur adversus libertum, a quo contra edictum prætoris in ius vocatus est: de qua in *d. L. actionem, §. pen. de obl. & act.* aliæ iuris civilis supplendi caussa receptæ sunt ex legum sententia: receptæ, inquam, ex iurisdictione Prætoris magis, quam edicto propositæ: quales sunt actiones in factum accommodatæ legi Aquiliæ, quas supplet prætor in eo, quod legi deest, ut est, in *d. L. quia actionum, hoc tit.* supplet autem ita, ut cum postulantur, eas secundum formam iurisdictionis det prætor, ut ibidem scriptum est: non etiam, ut nominatim edicto proposito eas polliceatur. De hoc genere scripta est tota, exemplis ad eam legem accommodatis, *L. qui servandarum 14. eod.* cuius initium, quia nonnihil obscuritatis habere videtur, breviter exponam.

Ad L. qui servandarum, 14. *in princ. D. de præs. verb.*

QVI *servandarum mercium suarum caussa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione*, inquit Ulpianus. Falsum est, dicet aliquis: tenetur enim magistro navis actione ex conducto, ut detrimentum pro portione sarciat. *L. 2. D. de leg. Rhod.* Sed quod dicitur nulla actione eum teneri, sic accipiendum est: ut nulla teneatur ob id factum, sive ob id, quod ipse merces in mare proiecit: quod enim tenetur, non propter iactum suum tenetur; sed quia propter eum iactum merces suas salvas habuit, ut declaratur in *d. L. 2. in princ.* Illic, *æquissimum enim, de L. Rhod.* Ex quibus utrum dicamus, multum interest. Nam si ob iactas a se merces teneretur, in solidum teneretur ob damnum datum, & teneretur domino mercium, cui eo facto nocuisset. Nunc autem tenetur tantum magistro navis, & tenetur pro portione tantum commodi, quod ex eo iactu consecutus est. *L. amissæ, d. L. 2. in prin. de L. Rhod.* Unde & cæteri quoque vectores pro portione conferre debent: denique dicuntur res ipsæ, quæ salvæ factæ sunt, id tributum debere: ex quo evenit, ut etiam dominus navis, pro portione obligetur. *d. L. 2. §. cum in eadem, de L. Rhod.* Itaque magis res ipsæ servatæ teneri dicendæ sunt, quam personæ. Ait Ulpianus, *sed si sine caussa id fecisset, in factum.* Sine caussa merces proiiciuntur in mare, cum nulla necessitate iactus faciendi navis premitur: ut quamvis manentibus in nave mercibus; nullum tamen periculum immineat a tempestate. Qui ita merces alienas in mare proiicit, non tenetur lege Aquilia: quia res iactæ perdurant nihilominus, neque rumpuntur. Sed quia his, quamvis integris manentibus, dominus tamen earum damnum facit: ideo qui proiecit, tenetur actione subsidiaria in factum ex legis sen-

ten-

tentia. §. *ult. Inst. de L. Aquil. d. L. quia actionum, hoc tit.* Ait, *si dolo; de dolo tenetur.* Imo in factum, dixerit aliquis. Nam & qui servum alienum spoliavit, fecitque, ut is frigore moreretur, etsi dolo eum fecisse perspicuum sit: tamen in factum actione tenetur, ut ibidem *in §. seq.* Ulpianus subiicit. Et quod ad hanc speciem, de qua agimus, plane pertinet, idem respondet de eo, qui damni dandi caussa, idest, data opera calicem argenteum in mare proiecit. Denique huc referri debet, quod supra disseruimus, si remoto dolo quis ob aliquod factum suum teneretur aliqua actione, probandum esse eum, & in eodem facto quamvis dolo eius interveniente eadem actione teneri. Et ne discedamus a lege Aquilia, is hac lege tenetur, qui culpa quid rupit. Si dolo rupit, non minus eadem lege agitur. *L. 5. §. iniuriam, D. ad L. Aquil.*

Quapropter & de omni alio damno, deque actione in factum ad eam legem accommodata idem statuendum est. Quid ergo est? Is hoc loco intelligendus est dolo malo merces in mare proiicere, non qui scit navem non laborare, & nullum iactum esse necessarium (nam & hic pariter in factum actione tenetur, ut pariter teneretur lege Aquilia, qui quid quamvis dolo rupisset) sed is, qui laborante quidem nave proiecit merces in mare: sed ita, ut prius eius dolo fieret, quo navis laboraret, idest, magis oneraretur, quam par esset, ut hinc caussa exsisteret exonerandæ navis: qua occasione deinde usus merces proiecit. Hoc casu in factum actione ex sententia legis Aquiliæ non tenetur. Nam ei tunc solum locus est, cum damnum datum est iniuria, idest, culpa. *L. 3. L. 5. §. iniuriam, L. si putator, L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Sine culpa autem iactus fit, cum ob tempestatem navis periclitatur. Superest igitur, ut teneatur de dolo, qui hunc dolum & machinationem adhibuit, ut damno dato lege Aquilia teneri non posset, neque ex verbis, neque ex sententia. Summa hæc est: Qui alienas merces in mare proiecit, siquidem nulla necessitate levandæ navis cogente, in factum totius damni nomine domino mercium tenetur: sin necessitate urgente, interdum tenetur ob id factum, interdum non tenetur. Si ei necessitati caussam dolo malo dedit, tenetur: sed de dolo actione, non in factum, si nihil in ea re dolo malo fecit, sed unum habuit propositum mercium suarum servandarum, nulla tenetur actione ob id factum. Etsi ob lucrum, quod inde consecutus est, pro portione teneatur magistro navis, ut amissarum mercium detrimentum sarciatur.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.
AD TITULUM, DE ÆDILICIO EDICTO.
CAP. I.

Edictum ædilium restitutum: & in eo Tituli de ædilicio edicto argumentum & summa.

AEdilium curulium iurisdictionem fuisse de quibusdam caussis constat ex Iustiniano, *in §. prætorum, Inst. de iure nat. gent. & civili*. De quibus & edictum proposuisse eos idem scribit. Id edictum est, quod nunc proponitur. Eius tria capita sub hoc titulo in Pandectis exstant; quorum duobus prioribus de rebus distractis cautum est: neque iis tamen omnibus, sed uno de mancipiis. *L. 1.* Altero de iumentis, & omni reliquo pecore in *L. Ædiles aiunt*. Tertium est caput, quod nihil ad emptionem pertinet, quo ædiles de omni nocente animali præcipiunt, ne eo loco habeatur, qua vulgo iter fiat; & si contra factum erit, qua ex re nocitum esse dicatur; actionem certam eo nomine constituunt, exstatque in *L. hi enim 40.* & *L. seq.* Quod cum per se expositum esset; non est in eius explicatione a Iureconsultis laboratum: certe quidem eius interpretatio hoc titulo tota prætermissa est. In duobus illis superioribus explicandis, quæ sunt de mancipiis & iumentis redhibendis, quorum utilitas in omni venditione latissime patet, omnis hic titulus versatur. De quibus etiam nobis cognoscendum est. Eorum hæc summa est, & argumentum. Ne qua in re emptores a venditoribus deciperentur, voluerunt ædiles quædam a venditoribus prædici, & caveri: de quibus hoc edicto diligenter, & accurate caverunt. Quæ omnia in eo genere sunt, propter quæ aut non consequatur emptor de re, quod expectavit, aut res ei distracta inutilis reddatur: certe non ita utilis, ut secundum naturam eius rei, quæ veniebat, exspectare debuit, quo in numero vitia sunt. Vitia scilicet cuiusque rei, quæ venditur, emptori nota esse voluerunt. Quod si quid contra factum esset, quam edicto comprehensum est, rem in ea caussa esse iusserunt, ut redhiberi, idest, venditori reddi posset, resque inempta fieri, quamvis de eo nihil nominatim convenisset. Deque eo actionem emptori, eique ad quem ea res pertinet, intra certum tempus constituerunt. Ea actio ab his triplex est constituta. Nam & ad rem redhibendam actionem primum polliciti sunt; & quæ res in ea caussa esset, ut posset redhiberi, de ea, si redhiberi non placeret, quanto minoris esset: & præterea in id quod interest, si quidem dolo venditoris illa præstita non essent, actionem dederunt. Cætera capita etiamnum hodie integre scripta suis locis exstant. Primum caput, quod in principio tituli exstat, ita restituendum est.

Edictum ædilium curulium suæ integritati restitutum.

QUI mancipia vendunt, certiores faciunt emptores, quid morbi, vitiive cuique sit: quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit: eaque omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quod si mancipium adversus ea venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit: quod eius præstari oportere dicetur, emptori, omnibusque, ad quos ea res pertinet. Hactenus verba fragmenti. Hic illa verba interferenda sunt continenter: *in eum, qui vendidit, cuiusve maxima pars in ea venditione fuit, in sex mensibus, quibus experiundi facultas erit.* Sequuntur fragmenti verba, *iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem, traditionemque opera emptoris, familiæ, procuratorisve factum erit: sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit: & si quid ei in venditione accesserit, sive quis ex ea re fructus ad emptorem pervenerit, ut ea omnia venditori restituat. Tum si quid emptori pro eo homine aberit, sive quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat.* Hæc verba, si quid emptori pro eo homine aberit, a me adiecta sunt, quibus ad sequentis clausulæ conditionem transitus paratur. Iam ergo clausula, quæ sequitur hoc loco subiicienda est: *Si & quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio iudicis non reddetur, cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur: quanti utraque res fuerit, in tantam pecuniam iudicium dabimus, ut condemnatio sequatur. Idem adversus eum faciemus, cui volenti mancipium redhibitum fuerit.* Sequuntur fragmenti verba: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto.* Iam hæc a me inserta sunt: *Idem in natione cuiusque mancipii faciunto. Item ne veteratorem pro novitio vendunto.* Sequitur fragmenti particula: *Ex his enim caussis eodem modo iudicium dabimus.* Deinceps quæ sequuntur, a me restituta sunt edicto, usque ad extrema illa verba, Hoc amplius. *Ad extremum in suprascripta aliqua caussa mancipium non esse emptori, si quid postulabit, cavento. Si contra factum erit, sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur: de mancipiis inemptis faciendis ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus dumtaxat sexaginta: de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus caussa cognita iudicium dabimus. Item omnium earum rerum nomine, quæ suprascriptæ sunt, quanto minoris cum venierint, fuerint, in anno: si quid autem cum postularetur, cautum non erit, etiam in id quod interest, in sex mensibus iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus. De mancipio, quod rei minoris venditioni accesserit, iudicium non dabimus.* Illa verba, *in eum, qui vendidit, cuiusve maxima pars in ea venditione fuit*, in edicto ædilium fuisse de iis, in quos hæc actio proponebatur, testatur Paulus in *L. iustissime*. 44. §. *proponitur*. Illa item fuisse de tempore, intra quod hoc iudicium datur, *in sex mensibus, quibus experiundi potestas erit*, ex his locis cognosci potest, *L. sciendum*, 19. §. *ult.* & *L. cum sex* 55. Totam illam clausulam, *si & quanta pecunia*, Ulpianus edicti fuisse ostendit in *L. ædiles etiam*, 25. qui in fine eius capitis ita scribit. Præterea in edicto dicitur sic. *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, non reddetur: cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.* Hactenus ille. Ex quo loco facile conücere possumus, verba hæc sub conditione fuisse concepta, ut aliquid polliceri intelligerentur ædiles sub ea conditione, si & pecunia eo nomine soluta non reddetur, & emptor eo nomine obligatus non liberabitur. Id autem est, quod subiecit: condemnatio videlicet in id, quanti ea res est, si illa facta non erunt. Quod idem Ulpianus indicat paulo post in *L. illud*, 29. §. 1. Nam cum dixisset ex suprascriptis verbis, quid emptori præstandum esset: subiunxit ex edicto, condemnatio autem sit, quanti ea res est. Illam clausulam, *Idem in natione cuiusque mancipii faciunto*, transtuli ex Ulpiano in *L. quod si nolit*. 31. §. *qui mancipia*. Illam sequentem de veteratoribus, ex Paulo in *L. præ-*

L. præcipiunt, 37. Sequitur, *Ad extremum su suprascripta aliqua caussa mancipium non esse*. Hoc edicto ædilium præcipi Caius docet in *L. itaque*, 32. Aiunt præterea ædiles, *sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur*. De hac quoque re edicto ædilium caveri testis est Ulpianus in *L. quod si nolit*. 31. §. *si quid ita*. Sequitur de tempore, quod peculiariter in duabus suprascriptis caussis ab ædilibus constitutum est. Primum illa verba, *ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus dumtaxat sexaginta*, docet fuisse Caius in *L. si venditor*, 28. Deinde sequitur: *de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus*, quæ verba item fuisse in edicto Ulpianus docet in *L. quod si nolit*, 31. §. *si quid ita*. Illa clausula, *Item omnium rerum*, a me restituta est ex his locis, *L. sciendum*, 19. §. *ult.* & *L. si venditor*, 28. Extremam illam clausulam, *De mancipio*, & cætera ex Paulo testituimus, *L. iustissime*.

C A P. II.

Partitio huius tituli: quas ad res venditas edictum ædilium pertinet: tum generales caussas ad redhibendum esse quatuor, & de earum sententia:

S U M M A R I A.

1. *Rerum ordo & partitio.*
2. *Edictum ædilitium verbis quidem ad mancipia & iumenta dumtaxat pertinere, at vi ipsa & sententia res omnes venales continere.*
3. *Caussas redhibendi alias esse generales, speciales alias.*
4. *Quot & quæ generales, & de harum singulis.*
5. *Morbi vitiive nomen & appellatio quid differant.*
6. *Qui morbus aut vitium det locum redhibitioni; singulorum exemplo illustratur.*
7. *Ædilitium Edictum ad vitia animi non pertinere, nec ex his esse redhibitionem, sed actionem ex empto.*
8. *Quatenus & quibus de caussis redhibitioni sit locus* & num. 10.
9. *Quæ dicta præstanda sint: ut si secus fiat, redhibitio locum habeat.*
11. *Quarum rerum nomine venditores ex hoc edicto cavere debeant, & qui huius cautionis effectus.*

1 PRoposito edicto, iam de re tota explicatius hoc † ordine dicere incipiam. Complectar primum ordine eas caussas, propter quas res omnes redhiberi possunt; simul in universum, quando res quæque redhiberi possit; & quibus in generibus contractuum, ostendam. Deinde dicam de actionibus separatim, quæ de iis rebus constitutæ sunt hoc edicto; quæ res in ea sunt caussa, ut possint redhiberi. Isto enim modo rem omnem, & huius edicti sententiam facile assequi posse videmur. De caussis, propter quas res redhiberi possit, dicam, si
2 prius illud † admonuero, edictum ædilium curulium de mancipiis quidem, & iumentis, quæ quis venderet, verbis propositum fuisse: verum vi ipsa, & sententia de venditionibus omnium rerum esse, tam earum, quæ soli, quam quæ mobiles, aut se moventes sunt, in quibus scilicet una aliqua caussa interveniat ex iis, propter quas mancipia, aut iumenta redhiberi debent. Nihil enim caussæ est, cur quod in mancipiis, aut iumentis distractis cavetur, id nulla habita ratione exempli ad cæteras quoque res venditas non transferatur. *Arg. L. regula*, §. *ult. de iur. & fac. ign.* Hoc est, quod Ulpianus in *L.* 1. refert Labeonem id scribere. Ex quo intelligi potest non de aliis edixisse ædiles: sed tamen ad cæteras quoque pertinere existimatum esse eadem ratione. Nam si de omnibus rebus ædiles cavissent, ita diceret Ulpianus: hoc edictum de venditionibus omnium rerum scriptum est, neque ad id probandum, quod ex edicto per se totum esset, Labeonis testimonio uteretur. Hoc posito, animadvertendum est, † alias ad redhibendum caussas esse generales, & omnium 3
rerum communes, quia in omnes res sua natura cadant; alias speciales, quæ in mancipiis & iumentis tantum valeant, quæ ædicto comprehensæ sunt. Generales † quatuor sunt: una, si quid morbi, 4
vitiive sit, quod non palam, & recte venditor in re vendita pronuntiaverit. Ob hanc caussam non magis mancipia, iumentave, quam vitiosæ ædes, ager pesti-lens,

lens, vitiosus pannus redhiberi potest. *L. etiam, hic. L.* 4. *C. eod. tit.* Altera, si quid dictum promissumve est in re vendita, quod præstari oporteat: contra quod a venditore factum fuerit. Est enim in cæteris omnibus rebus, quod de iis affirmemus, aut promittamus non minus, quam in mancipiis. Tertia ex conventione, si quid ita venierit, ut nisi placeret, redhiberetur. Nam & de omnibus rebus hoc convenire potest. Postrema, si de vitiis cuiusque rei morbisve emptori postulanti cautum non erit.

5 In his, † quid morbi, vitiive appellatione contineatur, item qui morbosi vitiosive sint, in edicto tractatur sub hoc titulo cum definitione primum, tum deinde variis exemplis morborum & vitiorum ad eam regulam, quæ initio posita est, accommodatis. Idque agitur a *L.* 1. *§. sciendum, usque ad L. quis sit fugitivus.* 17. In qua disputatione hæc est summa Ulpiani sententiæ: differre quidem inter se morbum, & vitium, si subtiliter ista tractare velimus, & vim cuiusque verbi propriam, quæ sit, disputando notare: huc pertinere Sabini sententiam de utriusque differentia, quam hic initio prius retulit, & quæ alibi est Modestini. in *L. inter §. pen. de verb. sign.* Sed quod ad hoc edictum pertineat, putare Ulpianum non quidem ista non distare; sed ædiles ista ab hac difficultate revocantes tollendæ dubitationis caussa bis idem [illegible] dixisse: ut si quis putaret non omnia impedimenta corporis utraque appellatione contineri, sive quæreret quæ impedimenta morbi appellatione significarentur, quæ vitii: intelligeret utrumque ideo coniunctum esse, ut non dubitaret omne impedimentum rei, quodcunque esset, edicto comprehendi. Efficiaturque hæc summa: ut quidquid erit tale vel in corpore humano, vel in cæteris rebus, quod ministerium, usumve eius impediat, sit redhibitioni locus. *L.* 1. *§. sciendum.* De sententiis quidem veterum Iurisconsultorum de morbi vitiique significatione hoc loco id monere possum, quod est apud A. Gellium *Lib.* 4. *Cap.* 2. non idem illis in hac re placuisse. Labeo enim, cuius Cælius Sabinus sententiam refert, & sequitur (& hunc Sabinum Ulpianus hoc loco intelligit) morbum esse definivit *habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id faciat deteriorem, cuius caussa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere. Namque totius corporis morbum esse: puta* φθίσιν *febrem: partis, veluti cæcitatem. Vitium autem a morbo multum differre: utputa si quis balbus sit. Nam hunc magis vitiosum esse, quam morbosum.* In summa ut A. Gellius ait, morbi appellationem specialem esse, vitii generalem: ut quisquis morbosus est, idem quoque vitiosus sit, non contra. Ex quibus verbis conIicere possumus hoc illum sensisse, morbum esse, omnem aut totius corporis imbecillitatem, aut partis alicuius, quæ penitus eius rei usum adimat, ut cæcitatem. Cæterum si qua unius partis alicuius corruptio, & pravitas ea sit, quæ non ex imbecillitate eius partis nascatur, neque eius partis usum auferat, vitium esse, non morbum: ut, si quis blæsus sit, aut balbus; si equus calcitro sit, aut mordax. Contra aliis ita visum est, vitium perpetuum esse, morbum autem accessu fieri, & recessu. In qua sententia refert A. Gellius Massurium Sabinum fuisse, quam eandem Modestinus secutus est. Sic enim ille definit in *L. inter, §. pen. de verb. sign.* Morbum esse temporalem imbecillitatem; vitium vero perpetuum corporis impedimentum. Secundum quam sententiam cæcitas morbus non est, ut Labeoni visum est, sed vitium, Cicero *Lib.* 4. *Tuscul. quæstio.* aptissime definisse videtur, morbum esse totius corporis corruptionem, & imbecillitatem: vitium vero unius alicuius partis, membrorumve depravationem, quæ integra valetudine corporis contingit. Quæ definitio cum illa Modestini superiore plane convenit. Nam totius corporis & valetudinis eius perturbatio, temporalis sit necesse est; nisi corpus continuo interire velimus? quæ ipsa morbus a Cicerone definitur. Quæ autem depravatio & distortio in singulis partibus contingit salva valetudine corporis, ea eiusmodi esse solet, ut perpetuo maneat. Hæ controversiæ cum non fugerent Ulpianum, ab iis consulto refugiens ostendit nihil referre hoc quidem loco, quid alterum ab altero differret: quia sive ex horum, sive ex illorum sententia hæc verba accipienda essent, ædiles tollendæ dubitationis caussa de utroque edixissent. Neque ideo tamen definitionem Modestini, quæ a Triboniano in Pandectas relata est, reprehendit, qui in verbis ipsis differentiam esse non negat, etsi in hoc edicto nullam esse existimet. Sed nec Sabini definitionem probat, quam refert tantum, nec ad hoc edictum pertinere ostendit.

Hoc solum iam maneat, cum his verbis omne impedimentum, omnisque imbecillitas corporis significetur: † quidquid 6

erit

erit tale, quod usum, ministeriumque rei impediat, id dare locum redhibitioni. Idque quale sit, facile in singulis rebus intelligi potest. Natura hic est agrorum usus, ut colendo ex his fructum percipiamus: ædium, ut inhabitemus. Sit ager, aut ædes pestilentes, vel putribus, & stagnantibus iamdudum aquis, aut latrinis vel veteris cloacæ humore infectæ, in ea caussa sunt, ut redhibeantur. His enim rebus fit, ut quem ad usum paratæ sunt, his uti non possimus. Vitiosæ igitur ex superiore definitione. *L. si prædium, C. eod. tit. L. etiam in fundo, hic.* Eodem modo pannum vitiosum recte dixeris, qui sit pertusus, & qui propter aliquam labem, vel aliam caussam ad vestiendum uti non possis. Quare & hic erit in ea caussa, ut redhibeatur. Ex hac definitione de rebus omnibus, quæ non omnino secundum naturam reliquarum eiusdem generis natæ, factæve erunt, quid iuris sit, existimari potest: ut, si homo pluribus, aut paucioribus digitis natus sit, si aliquo membro debilitatus, si spado sit. Nempe eum ita redhiberi posse dicemus, si eæ naturæ depravationes impedimento fuerint, quo minus ea parte utatur, in qua ea depravatio est vel imbecillitas: Sin minus, redhibitionem non esse *L. qui clavum, in prin. L. quæritur, §. si quis digitis, hic.* Ex quo efficitur, nec levem febriculam, nec quemvis alium levem morbum dare locum redhibitioni: quia non sint hæc eiusmodi, quæ usum impediant, ministeriumque servi. *L. 1. §. proinde. L. 4. §. ult.* Illud notandum

7 est, † vitia hoc edicto intelligi corporis, non animi, ut ex illis redhibitio sit, ex his non item. Argumento est, quod nominatim postea de errone, & fugitivo edicitur: quæ vitia animi sunt, non corporis. Quod adeo verum est: ut ne in iumentis quidem, si quod animi vitium sit, ea redhiberi queant. *L. 1. §. ult. L. 4. §. idem Pomponius, hic.* Nullane igitur propter animi vitia actio erit? Imo vero erit ex empto, si aut venditor se præstaturum esse vitium promisit, aut cum sciret id vitium, reticuit. *L. 4. §. idem Pomponius, & seq. hic.* Ex empto autem actionem cum dicimus, in id quod interest intelligimus, quia factum non est quod fieri debuit. *L. 1. in princ. de act. empt.*

Non statim tamen si mancipium morbosum, aut vitiosum est, iudicium ædi-
8 les ad redhibendum dant: sed hoc † cavent, ut vitia si qua sunt, ea *palam & recte* pronuntientur, ne emptor decipiatur: quam ob caussam si contra factum sit, iudicium pollicentur. *Palam* sic accipere debemus, non in propatulo, aut in publicum; sed ita, ut emptor exaudire possit. *L. heredes palam, de testam. Recte*, idest, non ambigue, non obscure, sed aperte, & intelligibiliter, sic ut vitium ipsum notetur. Alioqui si quid erit ambigui, ut res in aliam partem accipi potuerit: id venditori nocebit, non emptori. *L. veteribus, de pact.* Idem in ceteris rebus, quas pronuntiari iubent ædiles in edicto, deinceps intelligendum erit. Secundo loco pollicentur ædiles actionem, ut res redhibeatur, si adversus quam dictum, promissumve fuit, quod eius præstari oporteat, factum fuerit. *Dixit*, qui de re aliquid affirmavit, quasi ei adesset, aut abesset. *Promisit*, qui non dixit solum, sed etiam pollicitus est, affuturum, aut etiam spopondit, *L. sciendum, §. dictum, hic.* Itaque adversus dictum, promissumve facere videntur, qui id, quod in re esse, aut affuturum esse dixerunt, non præstant: ut, si furem non esse dixerint, & fur sit: si artificem, & non sit. *L. quis sit, §. ult. hic.* Non tamen omne † dictum præstandum est. Idcirco 9
edicto adiectum est; *si adversus quod dictum, factum fuerit, quod eius præstari oporteat.* Quæ igitur dicta præstanda non sunt? Et ait Ulpianus in *L. sciendum* ea, quæ ad nudam laudem rei pertinent. At quæ ista nuda laus est? Quid enim interesse ad laudem putamus, dixerit aliquis, utrum ita venditor dixerit frugi servum esse, & dicto audientem: an vero ita, laboriosum esse, curracem esse, vigilacem esse? Ex quibus tamen hæc præstanda Caius ait: in *L. si quid venditor, hic.* Illa non esse præstanda Ulpianus, in *d. L. sciendum.* An ea ad nudam laudem pertinere, & iactari dicemus, quæ non ita dicuntur, ut præstentur: eoque illa solum dicta præstanda esse, quæ non simpliciter dicta, & nudo sermone finita sunt, sed de quibus nominatim actum est, ut præstarentur? Quod his Pedii verbis Ulpianus innuere videtur: *Multum interest*, inquit, *commendandi servi caussa quid dixit, an vero se præstaturum promisit, quod dixit.* Quasi dicat: Nisi præstaturum se dixerit, commendationem solam non afferre necessitatem præstandi. Sed hoc sensu frustra, *dictum*, adiectum est in edicto, si id tantum, quod promissum fuit, præstandum est. Et magis est, ut ea ad nudam laudem pertinere, & commendandi caussa solum dici videantur, quæ generaliter de bonitate rei prædicantur, non certo aliquo in genere laudis, aut artifici-

cii, aut bonitatis. Istiusmodi enim omnes de rebus vendendis prædicare solent, rem bonam esse, servum esse frugi, dicto audientem, postquam emptor emerit non velle emptum non esse. *d. L. sciendum, in prin.* At cum certum genus artificii, bonitatisve venditor expressit, propter quod res pluris vendi solet, & talem se vendere dixit: sine dubio id præstare debebit. Veluti si servum coquum esse dixit, si dixit esse peculiatum, si aleatorem non esse, non furem prædicavit, si pannum esse de nota Rothomagensi, si Hispanicum, si aliunde denique esse affirmavit, & pro tali vendidit; quia hæc omnia talia sunt, propter quæ pluris res emantur, & sine quibus interdum omnino res empta non esset: eiusmodi *dicta* sunt, ut præstari oporteat. Sic enim hæc dicuntur, ut præstentur, non ut iactentur: alioquin nominatim non designarentur. *L. ea quæ commendandi, de cont. empt. L. sciendum, §. plane. L. si quid venditor, hic.* Postremo illud erit certum indicium, aliquid dictum esse, ut præstetur, si propter id, quod dictum est, & rem talem esse affirmatum est, consecutus est venditor, ut pluris venderet. Id autem tum fit, cum specialiter aliquid de re affirmat, propter quod res pluris esse solet, & talem se vendere profitetur.

10 Tertia † caussa est, propter quam rem redhiberi posse diximus, si ita convenerit, ut nisi placeret, redhiberetur. Sed quid opus fuit hac de re ædiles cavere, cum in eam rem ex empto actio sit? Nam omnia, de quibus inter emptorem & venditorem convenerit, in eam actionem veniunt, etsi ad resolvendam emptionem pertineant. *L. sed & Celsus. § si fundus, de contr. empt. L. ex empto, de act. empt.* Et sic res habet: ut si perpetuo ex hac conventione actio ex empto competeret, nihil opus hoc edicto fuerit, cum civilis esset. Sed cum nullum tempus adiectum est, intra quod res redhiberi possit, incivile esse putaverunt ædiles ex hac conventione perpetuo rem in ea esse conditione, ut redhiberi deberet. Hic ergo tempus præstituerunt, intra quod res si displiceret, posset redhiberi. Postremum est, quod † in omnium rerum vitiis, mor- 11
bisve exigere intelliguntur ædiles, postquam hoc edictum ad omnes venditiones pertinet, ut non tantum illa prædicant venditores, de quibus edicto cautum est; sed etiam ut caveant rem in aliqua caussa earum rerum non esse. Quæ res cum multæ sint, quæ specialiter postea exigantur in venditione mancipiorum: de his etiam hæc cautio multo magis exigitur. Hæ sunt illæ stipulationes, quæ ab ædilibus proponi dicuntur, sanum esse, fugitivum non esse, noxa solutum esse, & cæteræ, quæ ædilitiæ appellantur. *L. si ita quis, de evict. §. prætoriæ. Inst. de divis. stipul.* Neque has ideo inutiliter exigi quisquam existimet, quia si res vitiosa, morbosave sit, etiam sine stipulatione cautum sit venditori. Nam cæteræ actiones aut ad redhibendum competunt, aut in id dantur, quanto minoris, cum venierint, fuerint. Hæ autem stipulationes etiam adversus ignorantem in id quod interest, committuntur, quod omnium stipulationum, quæ in faciendo consistunt, commune est. *d. L. si ita quis, de evict. L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, de verb. oblig.* Iam vero id quod interest nostra rem vitiosam non esse, longe interdum pretium rei excedit.

CAP. III.

Speciales ad redhibendum caussæ, quæ: & quid his contineatur.

SUMMARIA.

1. *Speciales ad redhibendum caussæ enumerantur,* per tot.
2. *Quis sit fugitivus, erro, noxave solutus.*
3. *Quis capitalem fraudem admisisse dicatur.*
4. *Natio cuiusque servi nisi in venditione pronuntietur, datur inde redhibitio, & quare.*
5. *Quibus vitiis nationes nonnullæ diffamatæ.*
6. *Veterator servus quid a novitio differat.*

1 Reliquæ sunt † speciales ad redhibendum caussæ in mancipiis & iumentis, diserte edicto expressæ. Quas ordine persequemur, ut quod necesse sit, suis quæque definitionibus includantur, & planius explicentur. In mancipiis hæ; si quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit, neque hæc venditor palam, & recte dixerit. † Fugitivus sic recte definitur: 2
qui ea mente fugit, discessitve, ne ad dominum rediret. *L. quis sit fugitivus, hic.* Ex quo intelligitur non statim esse fugi-

fugitivum, qui fugiendi consilium cœperit: sed ita, si vitium mentis in actum deduxerit, ut alibi eleganter disputat Tryphoninus *L. fugitivus, de verb. signific.* Sed ne hoc quidem satis servum fugisse, ut fugitivus dicatur. Accedere etiam affectum animi, & propositum oportet, ne ad dominum redeat. Nam eum, qui hostem, aut latronem, incendium, ruinamve, aut præceptoris sævitiam fugerit, fugisse verum est; non tamen fugitivum esse. Quod cum ita sit, ut sine hoc consilio ne ad dominum redeat, fugitivus non sit: quæsitum est, qui semel hoc animo fugerit, si post mutato consilio ad dominum revertatur, quia illud consilium mutarit, an fugitivus esse desinat. Et regula in hac re, cæterisque omnibus delictis eum primis utilis traditur, neminem, cum semel deliquerit, pœnitentia sua desinere nocentem esse. *d. L. quis sit fugitivus.* Erronem sic Ulpianus definit; qui frequenter sine caussa vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis serius ad dominum redit, ab errando. *d. L. quis sit. §. erronem.* Noxa, servi delictum est; quo nomine noxales actiones proditæ sunt adversus quemcunque dominum, qui servum nunc possideat. Noxa enim caput sequitur. *Inst. de noxal. act.* Noxa igitur solutus est, non qui noxam non nocuit, sed qui noxa, idest, eo iudicio, quod noxa secum affert, liberatus est; pro quo dominus damni æstimationem sustulit. *d. L. quis sit. §. quod aiunt.*

Deinde sequitur in edicto paulo post; *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto. Ex his enim caussis iudicium dabimus.* Recte, hæ enim caussæ ut supra scriptæ illæ de morbo, de fuga, de noxa servi, eiusmodi sunt, propter quas servus, ideoque etiam servi usus domino subtrahatur, dum vel morbo inutilis redditur, vel fugit, vel noxali iudicio dedi cogitur, vel ad iudicium rapitur ob fraudem capitalem. Idemque ab ipso servo periculum imminere multo magis intelligitur; qui vel consciscendæ mortis caussa quid fecit, vel in arenam ad bestias depugnandi caussa in-
3 tromissus est. † Fraudem veteres delictum
dixerunt: & quia iure, & legibus omni delicto pœna adiuncta est, fraudem etiam pœnam nominarunt. *L. aliud est fraus, de ver. sig.* Capitalem autem rem sic definiunt, cuius rei pœna mors, aut exilium est. *L. licet, de verb. sig. L. edicto, de bon. poss.* a capite, quia utroque modo, idest, morte & deportatione, sive, quod idem est, exsilio accidat, ut caput, idest, homo e numero civium eximatur, quia civitatem amittat; *L. 2. §. 1. de pœnis. §. cum autem, quib. mo ius pat. pot. sol.* ut quod ad civitatem Romanam attinet, nihil intersit, quo modo de medio civium tollatur. Unde & deportatos morti comparari dicimus. *L. 2. in fin. de bon. poss. cont. tab.* Capitalem igitur fraudem admittere, est tale aliquid admittere, propter quod servus capite puniendus sit. *L. cum autem. §. excipitur, hic.* Cætera verba exsequitur Ulpianus in *L. cum autem.* Ad has autem caussas, quæ proxime scriptæ sunt, addendæ sunt, quas Ulpianus ex interpretatione voluntatis adiungit in *L. quis sit fugitivus. §. si quis talis*, hic. *Si quis* inquit, talis sit, qui omnino manumitti non possit ex *constitutionibus* (quo in genere est is, qui adulterium cum domina commisit. *§. 1. Inst.* de her. inst.) *vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel sit exportandus* (de quibus vide titulum *C. qui non poss. ad libert.* perven.) *æquissimum erit etiam hoc prædici.* Merito: non enim minus ex his caussis servus auferri potest emptori, quam si capitalem fraudem admiserit.

Deinde præcipiunt ædiles, *ut † natio-* 4
nem cuiusque in venditione pronuntient, qui mancipia vendunt; quia, inquit Ulpianus, *L. quod si nolit, §. qui mancipia*, hic. *natio cuiusque plerumque provocat emptorem ad emendum, aut ab emendo deterret. Præsumptum est enim, quosdam servos bonos esse, quia nationis sunt non infamatæ: quosdam malos, quia ea natione sunt, quæ magis infamis est.*
Et sane constat † alias nationes perfidiæ 5
nomine infames esse habitas, ut Pœnos: alias levitatis, ut Græcos: alias desidiæ, & luxuriæ, ut Sybaritas: alias crudelitatis, ut Scythas: nonnullas furtis & rapinis præter cæteras esse deditas: ut hæc etiam in proverbium abierint. Hinc illa dicta sunt, fide Punica agere, idest, nulla. Item, cum Cretensi creticandum, de homine vano & mendaci. De Cretensibus vetus est Epimenidis versiculus, qui & citatur a D. Paulo in epistola ad Titum, cap. 1. Κρῆτες ἀεὶ ψεῦσται, κακὰ θηρία, γαστέρες ἀργαί. Græcorum levitatem arripuit Cicero *in oratione pro* L. Flacco qua ad detrahendam illorum testimoniis fidem uteretur. Idem de Phrygibus in eadem oratione vetus proverbium refert, *Phrygem plagis fieri me-*

meliorem. Ac deinde post; *Quid de tota Caria hac vestra voce vulgatum est, si quid cum periculo experiri velis, in Caria id potissimum esse faciendum?* Et multa, quæ sequuntur in eandem sententiam. Et omnino uniuscuiusque gentis sui quodam modo semper fuerunt mores, quorum nomine aut commendaretur, aut male audiret: ut permagni nostra intersit nationem scire cuiusque.

Deinde præcipiunt ædiles, *ne veterator pro novitio veneat*. Quod quamobrem faciant, Ulpianus interpretatur in *L. præcipiunt*. Hoc quæritur, † veterator a
6 novitio quomodo distinguatur. Ulpianus tempore distinguere videtur, in *d. L. præcipiunt*. Novitia enim mancipia definit rudia: veteratoria, trita & veterana, quasi quæ diu serviendo, & sæpe servitutem commutando usu evaserint callida & vafra. Cælius contra veteratorem non spatio serviendi, sed genere & caussa æstimandum ait: ut sit veterator, non qui diu servierit, sed qui alicui ministerio iam ante præpositus fuerit. Novitius, non qui tyro sit, sed qui nulli ministerio sit præpositus. *L. ult. hic*. Quæ tanquam contraria citantur a Budæo *in annot. ad Pandectas*. Ego an Iurisconsulti inter se dissenserint, & nunquid diversum alii ab aliis tradere voluerint, affirmare non possum. Illud dico in his quidem verbis, quæ proponuntur, nullam mihi videri dissensionem. Novitium Ulpianus appellat rudem. Et is rudis est, non qui non diu servivit; sed qui ita semper habitus est a venalicìario, ut nulli ministerio præponeretur. Ille veteratorem ait tritum. Recte: sed teritur servus non tempore, sed genere serviendi. Et cum hoc probari facile non possit, an exercitus sit servus in re aliqua, an non sit, eius rei inde fides sit, si ministerio alicui sit præpositus. Sane in caussa vectigalium cum constitutum esset, ut qui mancipia invecta professus non esset, sive venalia, sive usualia, pœna commissi sit, si modo novitia fuerint, non veterana; veterana sic interpretatus est Marcianus, *L. ult §. quoties, de publ* quæ anno continuo in urbe servierunt; novitia, quæ anno nondum servierunt. Sed hoc fecit sententiæ eius loci, quem interpretabatur, serviens, idest, non interpretans, quid generaliter sit novitium mancipium, quid veteranum; sed quid eo loco, cum vectigal exigi pro novitio iubetur: quia ex lege id constabat, aut usu sic observabatur. Neque enim de moribus servi illic agitur, ut in hoc edicto, ad quod superior illa Cælii definitio accommodata est: sed quandiu servierint in urbe, ideo spectatur, ut dici possit illa iam Italica esse, non peregrina. Ut igitur vinum vetus recte dicimus, quod est anni superioris; novum, quod hoc anno natum est: *L. vetus, & seq. de trit. vi. & ol. leg.* Sic veterana, quæ iam anno servierint, recte dicemus; novitia, quæ tandiu non servierint. Atque hæ caussæ sunt redhibendi in mancipiis. Illæ propriæ in iumentis, si uti optime ornata, vendendi caussa, fuerint, ita emptoribus non tradantur. Sic enim tradi iubentur edicto ædilium. *L. ædiles aiunt, hic*. Sed totum secundum caput dilucide scriptum est, & explicatum ab Ulpiano in *L. ædiles aiunt*. Inde petendum est. His sigillatim expositis, summam iam complectar: si res distracta in eiusmodi aliqua caussa erit, qualem huc usque persecuti sumus: quæcumque res fuerit, eam ex hoc edicto redhiberi posse.

CAP.

C A P. IV.

Ad res donatas, locatasve edictum ædilium non pertinere, sed solum ad venditas, & si quæ emptioni accesserunt: in venditis etiam quasdam venditiones excipi, & quæ.

S U M M A R I A.

1. *Ædilitium edictum ad res venditas dumtaxat, & harum accessiones pertinere: hoc posterius quale sit, explicatur.*
2. *Quid si venditæ rei hereditas aut peculium accedat, an vitiosum in illo mancipium, de quo nihil cautum est, redhibeatur.*
3. *Homo rei venditæ minoris pretii accedere non potest, hoc est, accessionis locum tenere, & quamobrem.* L. iustissime 44. in princ. h. tit. *illustrata.*
4. *Fiscalis tamen venditio Edicto non continetur, adeo, ut nec exinde redhibitio detur, nec actio, quanto minoris.*
5. *Ad simplarias item venditiones non pertinet Edictum, quoad redhibitionem; & unde ita dicta.*
6. *Quarum rerum, etsi earum venditio ad edictum pertinet, non fit redhibitio.*

SED si distracta est, inquam. Apparet
1 enim hoc † edictum ad venditiones rerum pertinere. Unde tractatum est, an etiam ad alias res producendum esset, donatas puta, itemque locatas: ut si in eadem caussa essent, resoluto contractu redhiberi possent. Et placet neque ad donationes pertinere, quia nullum fit pretium, quod donatarius recipiat; neque ad locationes, quia non similiter locatio, ut emptio fiat. *L. ad res donatas, & L. sciendum, seq. hic.* Locatio enim dominium mutare non solet: *L. non solet, loc.* emptio sic contrahitur, ut apud emptorem res perpetuo maneat. Quod ne accidat, si emptor decipi videbitur, hoc edicto provisum est. Sed ita ad venditiones tantum pertinet hoc edictum, ut si qui emptioni similes sunt contractus, contineantur. In quo genere permutatio habetur. *L. sciendum.* 19. §. *deinde, hic.* Tantum enim ob id distare dicitur permutatio ab emptione, quia non potest in permutatione intelligi, quis emptor, quis venditor sit. Re quidem ipsa uterque emptoris, uterque etiam venditoris loco est, *L.* 1. *de rer. permut.* De re distracta id hoc loco monendi sumus, non tantum rem venditam intelligi eam, de qua emenda principaliter convenit, sed etiam eas, quæ rei venditæ accesserint. Huc referri debere regulam illam veterum, quæ traditur in *L. quod si nolit*, in fin. hie, *quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est.* Quod eo pertinet, ut sicut superius venditor de morbo, vitiove, & cæteris quæ ibi comprehensa sunt, prædicere iubetur, & præterea in his caussis non esse mancipium, ut promittat, præcipitur: ita & cum accedat alii rei homo, eadem & prædicere, & promittere compellatur: modo rem certam accessuram esse dictum sit, aut specialiter, aut generaliter: veluti omnes res, quæ in fundo sunt.

At si quam † universitatem accessuram 2
esse dictum fuerit, ut peculium, ut hereditatem: quamvis in eo peculio vicarii erunt, aut in hereditate servi vel ordinarii, vel vicarii; non tamen si vitiosi erunt, aut de iis non cavebitur, redhiberi possunt. Nam cum peculium accessurum dictum est, nihil de servis dictum intelligitur, quasi accedere debeant: sed ea tantum accessura dictum est, quæ in peculio fuerint. Ut igitur si nihil omnino esset in peculio, aut esset quidem, sed perquam exiguum, nihil amplius tamen præstare venditor deberet, quia nihil nisi peculium nominavit: ita si quid erit ex parte, non tamen integrum, multo minus aliquid eo nomine præstare debebit. *L. itaque.* 32. *& L. proinde, seq. hic.* Hinc pendet, quod de homine ita † cautum fuit edicto, 3
cæteras quidem res homini vendito, cuiuscumque pretii essent, accedere posse: hominem autem ei rei, quæ minoris esset, accedere non posse. Et ideo ædiles negant se de eo homine, quasi accesserit, iudicium esse daturos: ut sit hic locus ad suprascriptam definitionem exceptionis vice. Hoc autem iustissime ab ædilibus cautum esse Paulus ait, *propter dignitatem hominum, ne qua fraus edicto, aut iuri civili fieret.* L. iustissime, 44. *hic.* Quod ait, *ne qua fraus aut edicto, aut iuri civili fiat*, hanc sententiam habere videtur. Si rei minoris pretii hominem accedere dicemus, etiam minimæ rei accedet. Hoc modo inventa erit ratio, ut cum servum quis donare voluerit, tamen venditus videa-

deatur. Res puta, aliqua minoris pretii vendetur, cui rei iubebitur homo ille accedere. Ita quia pars venditionis fit, venditus quoque intelligetur. Sic eveniet, ut quamvis re vera fit donatus, redhiberi tamen possit, nisi donator in illo ea præstiterit, quæ in re vendita ædiles iubent. Quod est contra edicti huius sententiam, quod de rebus tantum distractis iudicium pollicetur. Eademque ratione eveniet, ut de eo homine quasi de vendito iudicari debeat. Quod in fraudem iuris civilis multis modis fieri poterit: quo iure pleraque de venditionibus licent, quæ in donationibus constituta non sunt: puta ut dupla promittatur. Nam hæc de homine vendito, deque cæteris rebus omnibus non contemptibilibus iure civili promitti iubetur. *L. emptori, de evict.* At hic re vera donatus est. Est autem contra iuris civilis rationem, ut in aliis contractibus dupla promittatur. Iam & hoc absurdum, inquit Paulus, hominem rei minori accedere. Nam nec in cæteris rebus hoc dicimus. Ridiculum est namque fundum tunicæ accedere. Nec si id fiat, nisi in fraudem fieri potest, ut cum alius contractus in eo fundo agatur, venditionis tamen species quæsita sit. Id si in cæteris rebus probamus, in homine, qui maioris est pretii, probandum est tanto magis, quanto omnibus aliis rebus homo dignitate præstat. Hæc verborum Pauli sententia est.

Hoc edictum, etsi generaliter conceptum est ad redhibitionem rei distractæ ex his caussis, quas exposuimus: nonnullas tamen cautiones habere sciendum est. Nam neque in omnibus venditionibus locum ha-
4 bet, neque omni tempore. Primum † ad fiscales venditiones non pertinere placet. *L. 1. §. illud sciendum hic.* Credo propter auctoritatem hastæ fiscalis, quam facile convelli propter utilitatem Reip. non convenit; *L. si hypothecas. C. de re. pig.* vel ideo, quod fiscus vitia rerum a se venditarum scire non possit: ut ab eo exigi non debeat, ut illa prædicantur; omninoque utilitatis publicæ caussa ad res ab eo emendas sic accedi oporteat, ut qua conditione sunt, eadem emantur. Cum autem ædilium edictum ad has venditiones non pertinere dicitur, hoc significatur, non solum non esse ex his caussis, quæ edicto comprehensæ sunt, rei fiscalis redhibitionem; sed ne actionem quidem, quanto minoris res fuerit, cum venibat. Nam utraque hæc actio de re non sana
5 hoc edicto proponitur. Præterea † nec simplariarum venditionum caussa redhibitionem esse Pomponius scribit, *L. si tamen, in fin. 48. hic*, simplarias venditiones vocans rerum minutarum, & contemptibilium: vel a simpla, quæ in hoc genere venditionum dumtaxat promitti debet, cum in aliis omnibus duplæ promissio a venditore exigatur, *L. emptori, de evict.* quod Budæo videtur: vel a rebus, quæ venditione continentur. Veteres enim, ut auctor est M. Varro, res minutas, nullius que pretii simpularias appellabant: a simpulo, quod parvum vas esse definit minutatim fundens, in cuius locum successisse ait in conviviis, quam ἐπίχυσιν nominat. Festus vas parvum non dissimile cyatho, quo vinum in sacrificiis libabatur. Nec si has res redhibere non licet, ideo fit iniuria emptori, qui ut redhibere non possit; de pretio tamen experiri potest, quanto minoris empturus esset. Redhibitionem enim solum hic detrahimus. Potest etiam in re emenda de vitio sibi cavere: ut cum aliter potuerit illi cautum esse, non temere permitti debeat ob res minutas de redhibendo controversiam movere.

Sed nec si earum † rerum venditio sit, 6
quæ ad edictum pertineat, semper tamen redhibitio est. Mitto, si quid de vitiis nominatim venditor exceperit. In quo dubitari non debet, quin etsi ea vitia palam pronuntiata non sint, tamen emptori non deni redhibitionem. *L. quæritur, 14 §. si venditor hic.* Licet enim cuique de re privata, & ad se pertinente pacisci, neque in eo quidquam contra edictum fit, si quis eo iure, quod pro se introductum est, non utatur. *L. pacisci, de pact.* Hoc dicimus etsi nihil exceptum sit, etsi res vitiosa sit, aut non sit in re, quod dictum est: non tamen ea vitia venditori præstanda esse ex hoc edicto, quæ quis non ignorarit. Finge equum cæcum esse, claudum esse, cicatricem in capite, aut alia parte corporis evidentem, & periculosam habere: nihil venditori nocebit, & si ea non palam esse dixerit. Non quod non verba generalia sint edicti de eo, qui quid morbi vitiive sit, non pronuntiarit: sed quod huius edicti proponendi caussa hæc fuit, ne emptores non admoniti decipiantur. Non decipiuntur autem, qui non ignorant. Ita iam ex sententia venditor non tenebitur. *L. 1. §. si intelligitur, d. L. quæritur, in fin. hic.* Idem dicemus, si quis ædes ruinosas vendendo in re præsenti ædes bene ædificatas dixerit: si servum deformem, speciosum. Nam hæc cum palam sint, emptor deceptum se esse queri non potest. *L. ea, quæ, de contr. empt. L. si tamen 48. §. ei, qui hic.* Solum id agitur hoc

hoc edicto, ne per silentium, & reticentiam venditorum emptores decipiantur. *L.* 1. *§.* 1. *hic*. Unde merito dubitari potuit, an etiam pœna sit reticentiæ ex hoc edicto adversus eos venditores, qui ideo quid vitii in re quaque esset, non pronuntiarunt, quia ipsi quoque id ignorabant. Nam in his nullum consilium fraudis esse potest. Sed apparet ædiles omnino voluisse venditorem teneri, etiam si ea, quæ illi præstari iubent, ignorarit: non tam ideo, quod præcise eos, qui mancipia vendunt, iubent, si quid morbi vitiive sit, palam & recte pronuntiare, nec quidquam addunt, sciant venditores, nec ne: quam quod extremo edicto actionem specialiter in eum constituerunt, qui sciens dolo malo quid vendidisset. Unde colligitur, superiores adversus ignorantes dari. Idque in principio interpretationis edicti notat Ulpianus, in *L.* 1. *Neque hoc iniquum est*, inquit, ignorantem teneri. *Potuit enim ea nota habere venditor: nec multum interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.*

C A P. V.

De re quæ redhiberi potest, quæ actiones; ac primum de redhibitoria.

S U M M A R I A.

1. *Tres esse actiones edicto ædilitio constitutas, & quæ sint.*
2. *Actio redhibitoria cur ita dicta.*
3. *Hæc actio competit dumtaxat ex edicto ædilitio.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Cui competat actio redhibitoria, & adversus quem.*
6. *Sex mensium intervallum, tempus esse huic actioni præstitutum, interdum & duorum mensium, & quibus in casibus.*
7. *Quibus de rebus competat actio redhibitoria.*
8. *Qui finis & effectus redhibitoriæ, redhibere quid sit; & quarum rerum mutua præstatio &* num. 11. 12. 15. 16.
9. *Deteriore re facta post traditionem opera emptoris aut eius familiæ vel procuratoris, quanto pluris antea fuerit, restitui venditori.*
10. *Opera emptoris familiæ, procuratoris deteriorem rem factam, quo sensu accipiendum.*
13. *Quibus nominibus si res redhibeatur, in præteritum damnum, aut commodum futurum venditori adversus emptorem caveatur.*
14. *An morboso mortuo mancipio, emptor experiri possit redhibitoria ad pretium recuperandum; & quid si emptoris culpa sit mortuum.*
15. *Quid pretii, accessionisve aut obligationis nomine pro re iam redhibita; seu cautione data a venditore emptor recipere debeat &* n. 16.
17. *Earum rerum præstatione denegata emptori, quanti debeat esse venditoris condemnatio.* L. redhibitoria 45. h. tit. *explicata.*
18. *Arbitrarium esse redhibitoriam in factum actionem.*
19. *Plures emptoris successores non posse pro parte rem redhibere, eoque nec liberari, & quare.*
20. *E contra pluribus venditoris successoribus rem posse redhiberi pro parte, & quæ differentiæ ratio &* num. 19.
21. *In factum actio proposita hoc edicto quæ.*

SUperest, ut cum in ea caussa res erit,
1 ut ex edicto redhiberi possit, † quæ
hoc nomine actiones hoc edicto constitutæ sint, & quales, consideremus. Eas tres esse intellectum est. Unam ad redhibendam rem, quæ distracta est. Alteram in id, quanto minoris res fuerit, quam vendita est, si videatur eam non redhibere. Tertiam in id, quod interest. De duabus illis prioribus diserte edicto cautum est. Tertiam illam in id, quod interest, illis verbis sine dubio ædiles pollicentur; *hos amplius si quis adversus ea sciens dolo malo fecisse dicetur, iudicium dabimus*. Iudicium sic accipimus, in id quod interest. Aiunt enim, *hoc amplius:* nimirum, id est, præter suprascriptas illas actiones de quibus diximus, & quas intra certum tempus proposuimus, etiam in eum, qui sciens fecerit, iudicium uti ea res erit, dabimus. Quod non aliud esse potest, nisi in id, quod emptoris interest, etiam si tanti res non valeat. Quid verbis opus est? In hanc sententiam pene diserte rescripsit Antoninus in *L.* 1. *C. de ædil act.* cuius rescripti verba hæc sunt: *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque idem fugitivus abest: non solum in pretium servi venditorem convenire; sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens iudex, uti iampridem placuit, præstari iubebit*. De
redhibitoria actione primum videamus. † 2
Sic enim dicta est ea, quæ ad redhibendum competit: non ut proprium hoc nomen sit actionis; sed cum actio in hanc rem inducatur ab ædilibus intra certa tempora, ad redhibendum autem detur, ideo redhibitoria appellatur. Sic de peculio di-

cuntur actiones, quæ ex contractibus filiorum familias adversus patrem dantur, non quia sint actiones ullæ, quæ ex ea caussa nascantur: sed cum depositi actio sit, exempli gratia, ex eo, quod apud filiumfamilias depositum est, ea depositi cum hac adiectione, *de peculio*, dicitur, quia non in solidum adversus patrem, sed quatenus in peculio est, datur. *L. depo-sui, de pecul.*

Qualis sit ea actio, civilis, an tantum ædilicia, cui detur, adversus quem, intra quod tempus, qua de re, & cuius rei gratia, cognoscendum est. De quibus quidem breviter & commode edicto comprehensum est. Sed res postulat, ut separatim & ordine explicentur. Sic enim plane eius iudicii natura perspicietur, omnibus iis notatis & expositis locis, qui in unamquamque actionem incurrunt. Principio
3 † ædilitiam esse constat. Hoc cum dico, non illud dico, si quis ex suprascripta aliqua caussa earum, quæ edicto comprehensæ sunt, rem redhibere velit ex hoc edicto, id eum posse facere: sed illud, cum quisquis ex aliqua caussa rem redhibere velit, non posse nisi hoc iudicio facere, totumque id ex hoc edicto competere. Proinde nec actionem ullam huius generis esse civilem. Quod & testatur Cicero *Lib.* 3. *Officior.* cum de iis, quæ iure civili præstanda sint venditori, & quæ ex edicto ædilium, disserit. Ex quo effici volo, omnem ad redhibendum actionem intra sex menses tantum competere, non esse perpetuam: quia ex hoc edicto tantum proficiscatur, eo autem edicto præstituatur certum tempus. Idque etiam rescripto Gordiani declaratur, *L.* 2. *C. de
4 æd. act.* Hoc eo † dispuro, quod Ulpianus alibi ea enumerans, quæ empti iudicio contineantur inter cætera sic scribit; *Redhibitionem quoque empti iudicio contineri Sabinus, & Labeo putant, & nos probamus*. L. ex empto, §. 1. *de act. empt.* Quibus verbis ex empto actionem etiam in hanc caussam competere ostendit. Quæ res plerosque valde torsit. Nam si hic ex empto actio est, perpetuo quoque in eam rem dabitur. Est enim actio ex empto civilis, eoque etiam perpetua. Quod si est: erit inutile ex edicto ædilium intra sex menses experiri, cum perpetua iure civili competat. Imo vero absurda sententia admodum efficietur, ut cum iure civili ex hac caussa actio competat perpetua: ædiles, qui adiuvandi iuris civilis, & æquitatis constituendæ caussa edicta proponere debent, ac ius civile subsequi, *L. scio, de testib.* intra sex tantum menses dent: idest, contrarium ius proponant. Quamobrem redhibitionem sic vulgo interpretati sunt apud Ulpianum, qui illa persccuti sunt: non redhibitionem ex hoc edicto, sed resolutionem emptionis quamlibet, quam interdum actione ex empto consequimur: quod & eodem loco Ulpianus docet: *veluti*, inquit, *si quis virginem se emere putarit, cum mulier esset*. *L. si quis, L. ex empto*. Quæ interpretatio manifeste eo ipso loco Ulpiani refellitur. Nam ut intelligere liceret, illic Ulpianum, cum redhibitionem nominavit, eandem redhibitionem intelligere, quam cæteri Iurisconsulti, quæ ex edicto ædilium constituta est, non autem aliam resolutionem emptionis: primum exemplis edicti ædilitii usus est. Deinde exemplum attolit, in quo redhibitionem quidem non competere ait, sed tamen actionem ex empto competere ad resolvendam emptionem. Quid ergo est? Etiam ad redhibendum ex empto actione utimur? Sane vero utimur. Idque ostendere Ulpianus voluit. Nec mirum. Nam si ea, quæ more & consuetudine usitata præstari solent, in bonæ fidei iudicium veniunt: *L. quod si nolit*, 31. §. *quia assidua, hic*. quanto magis redhiberi ex hac caussa veniet, quæ non more & consuetudine, sed iure certo præstanda est? Et hoc edicto, nimirum ex suprascriptis caussis ex empto actio inducitur. Sed non ideo actio his casibus civilis erit. Certis finibus ea ab ædilibus inclusa est, quos excedere non liceret. Erit igitur ad redhibendum actio ex empto, sed intra sex menses. Nam longius excurrere eam ex his caussis vetant ædiles.

Competit † hæc actio *emptori, eique, ad quem ea res pertinet*. Emptorem sic 5
accipe, ut qui emptori similes sunt, contineantur, veluti qui permutarunt. *L. sciendum*, §. *deinde, hic*. *L.* 2. *C. de rer. per.* His verbis, *ad quem ea res pertinet*, successores significantur, qui in locum & ius defuncti successerunt; quia ad hos tantum actiones nostræ iure pertinent. *d. L. sciendum*, §. *illud, hic*. *L. sciendum*, §. *ult. de verborum signif.* Cum de descendendo successore agitur, etiam qui in rem successerunt, his verbis continentur: quia hi exceptione & defensione auctorum suorum quo minus utantur, nihil est impedimento: cum ille qui agit, dolo faciat id petens, quod ab auctore petere non posset. Huius generis sunt, qui emerunt, aut ex permutatione, donatione, aliave qua ex iusta caussa ab eo acceperunt. *L. ait prætor. cum L. seq.*

seq. de iureiur. Adversus quem compe-
tat, hoc quoque dilucide edicto expres-
sum est; de quo vide Paulum in *L. iu-*
6 *stissime*, *§. proponitur*. Tempus † huic
actioni certum præstitutum est, in cære-
ris quidem caussis omnibus sex mensium
utilium. *L. sciendum*, *§. ult. hic*. In his
duabus duorum mensium dumtaxat, si de
iis rebus, quæ præstari iubentur, vendi-
tor non caveto. *L. si venditor*, 28. *hic*.
Item si ita convenit, ut si res non pla-
ceat, redhibeatur. Nisi quod & in hac
caussa postrema etiam ultra id tempus ædi-
les caussa cognita iudicium pollicentur.
Quid enim, si aut mora fuit per vendito-
rem, aut non fuit præsens, cui res red-
deretur? Est æquissimum, emptori, per
quem non steterit, succurri. *L. quod si*
nolit, *§. si quid ita*, *& §. seq.* Qua de
7 re competat, videamus. De re vitiosa †
distracta, & quæ in suprascripta aliqua
caussa sit, competere certum est. Aiunt
enim ædiles, *Judicium dabimus, ut id*
mancipium redhibeatur. Sed sciendum
est, propter id interdum etiam alias res,
quæ una venditæ sunt, redhiberi posse,
quamvis per se nec vitiosæ, nec morbosæ
sint, nec quidquam de his dictum sit, quid
præstari oporteret. In ea caussa sunt res
omnes, quæ cum eiusdem generis essent,
pariter emptæ sunt, ut comœdi, aut cho-
rus, idque vel uno pretio in omnes con-
stituto, vel in singulas ita, ut tamen ap-
pareret res inter se coniunctas esse, nec
quemquam nisi omnes empturum, vel ven-
diturum fuisse, ut plerumque circa co-
mœdos, vel quadrigas, vel mulas pares
accidere solet. *L. cum eiusdem*, *hic*. De
hac re sic hoc edicto in iumentis cau-
tum est; *Si iumenta simul paria venie-*
rint, *& alterum in ea caussa fuerit*, *ut*
redhiberi debeat, *iudicium dabimus*, *ut*
utrumque redhibeatur. Hoc de iumentis
dictum Ulpianus propter eandem ratio-
nem ad homines etiam, & cæteras res
transtulit. *L. ædiles aiunt*, 38. *§. ult.*

8 Restat ut † ad quid detur hæc actio,
quid hoc iudicio agatur, cognoscendum
sit. Nempe ad redhibendum datur. Exi-
tus hic est, ut re redhibita venditori, em-
ptor id omne quod pro ea re præstitit,
tanquam re inempta facta recipiat. Quod
& ipsum edicto expressum est. Redhibe-
re vero, ut Ulpianus definit *L. redhibere*.
21. *est facere*, *ut rursus habeat vendi-*
tor, *quod habuerat*, quod quia reddendo
fit, idcirco redhibitio dicta est, quasi red-
ditio. Sed non continuo hoc iudicium
emptori datur. Prius ædiles quædam eum
præstare iubent edicto; tum deinde quæ
vult, hac actione consequi. Hæc autem
illa sunt, quæ a venditore emptor acce-
pit; item quæ ex iis ad emptorem perve-
nerunt: ut ita scilicet vere ab utraque
parte ab emptione discedatur, sicque con-
sulatur emptori, ne venditor iniuria affi-
ciatur. Ex quo de vi redhibitionis illa
tradita sunt, iudicium redhibitoriæ actio-
nis utrumque & emptorem & venditorem
quodam modo in integrum restituere de-
bere. *L. cum autem*, 23. *§. Iulianus ait*.
Item, facta redhibitione, omnia in inte-
grum restitui perinde, ac si neque em-
ptio, neque venditio intercessisset. *L. fa-*
cta. 60. *hic*. Primum ædiles rem vendi-
tori restitui iubent: *Iudicium*, inquiunt,
dabimus, *ut id mancipium redhibeatur*:
eamque restitui nec deteriorem. Quod † 9
si deterior facta sit, tum id restitui, quan-
to post venditionem, traditionemque de-
terior opera emptoris, familiæ, procura-
torisve eius facta est. Quod caput edicti
interpretatur Ulpianus sub hoc titulo in
L. ædiles, *etiam*, 25 Quod igitur aiunt;
post venditionem, *traditionemque*, eo per-
tinet, ut si quid ante traditionem res de-
terior facta fuerit, ad emptorem non per-
tineat. Cum enim emptori nondum res
tradita est a venditore, quod ei imputari
possit, quod res deterior facta fuerit, ni-
hil est. Opera † emptoris deterius factum 10
sic accipimus, dolo malo emptoris, cul-
pave, quamvis levi: veluti quia servum
ægrotum neglexit, aut malum medicum
adhibuit. *L. ædiles etiam §. Pedius*.
L. quod si nolit, *§. culpam*. Familiæ ap-
pellatione domestici omnes, quique in po-
testate, & famulitio emptoris sunt, con-
tinentur. *d. L. ædiles*, *§ 1. & l. quod*
si nolit, *§. quod in procuratore*. Procu-
ratorem in hoc edicto sic accipe: non
quemlibet, tametsi verba id pati videntur;
sed ex sententia edicti eum, qui in ea re
quæ empta est, procurator sit, idest, qui
eam mandatu domini tractet: quo in nu-
mero tantum duo sunt, aut cui id ipsum,
propter quod res deterior facta est, spe-
cialiter mandatum est, aut cui universa
negotia commissa sunt. Nam oratione ge-
nerali idem assequimur. *d. L. ædiles*, *§.*
procuratoris. Horum autem facta empto-
rem præstare ædiles voluerunt: quia ipse
quodam modo per eos fecisse videtur,
quibus nisi rem commisisset, deterior fa-
cta non esset: & ii erant, qui ne quid
admitterent, prohibere poterat. Unde re-
cte Pedius hoc edictum sic accepit, quam-
vis sine exceptione conceptum sit, ut id
dumtaxat ex istorum facto imputari de-
beat, quod non fuisset passurus servus,

nisi venisset. Quod autem passurus erat, etsi non venisset, non aliter teneatur, quam ut sine suo incommodo ea noxa defungatur. *d. L. ædiles etiam*, §. *Pedius*. Finge, dum procurator rem alienam esse putat, non domino emptam, eam corrupisse; aut in rixa id fecisse; quod etsi res empta non esset, facturus esset.

Deteriorem rem factam accipere debemus, quovis modo deteriorem non tantum a corpore, sed etiam ab animo. Ut si equus emptoris negligentia, vitiove mordax, aut calcitro evaserit, si servus imitatione conservorum vinosus, aleator, ganeo. *d. L. ædiles*. §. *hoc autem*. *L. cum autem*, *in princ. hic*. Aiunt præterea ædiles, † *sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit*. His verbis continetur quidquid vel ex re, ut fructus, ancillæ partus, foetus pecorum; vel extra rem, opera tamen aut per occasionem eius rei, ad emptorem pervenit. *L. cum autem*, 23. §. *ultim.* & *L. seq.* Modo tamen in servo vendito ea excipiamus, quæ per eum quæsita sunt ex re emptoris: quæ ad alium pertinere, quam ad eum, unde sunt profecta, idest, emptorem, iniquum est. *L. quod si nolit*, §. *si peculium*. Quod autem aiunt, *natum*, *acquisitum fuerit*, sic accipiendum est: aut per eum factum erit, quo minus acquireretur: ut non magis quod ad eum pervenit, quam, quod culpa eius non pervenit, præstari debeat, ut duobus locis testatur Ulpianus *L. redhibere*, 21. *in fin.* & *L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur*. Idemque in sequentibus verbis intelligendum est, *sive quis ex ea re fructus ad emptorem pervenerit*. Addendum est enim: aut opera eius factum erit, quo minus perveniret. Idque ex eo colligitur, quod supra ædiles præstari voluerunt, quanto res deterior facta esset, non tantum ab ipso emptore, sed etiam opera eius, & culpa, negligentiave. Sed cur id omne ædiles præstari voluerunt, quod post venditionem acquisitum est, non id solum, quod post traditionem: cum supra, ubi res deterior facta est, id solum, quod post traditionem res deterior facta esset, præstari iussertint? Quia omne commodum, & omnis fructus ad emptorem pertinet statim post venditionem, §. *cum autem*, *Instit. de cont. empt.* ut secundum regulas iuris ad eum pervenerit, & ob id etiam restituere debet, quia illi acquisitum est. Rem autem deteriorem facere non potuit, nisi is, qui rem accepisset. Deinde aiunt ædi-
12 les, † & *si quid ei in venditione accesserit*, *sive quis ad emptorem fructus ex ea re pervenerit*. His verbis ædiles idem de iis rebus, quæ emptioni accesserunt, quod de re ipsa vendita fieri iubent; scilicet, ut ante dixi, ne in re redhibenda quidquam lucri apud emptorem maneat, nec quo incommodo venditor afficiatur.

11 (at "ea ædiles, † *sive quid ex eo post venditionem natum*" above)

Sed quoniam id præstare emptor debet, quanto res deterior facta est opera emptoris, & præterea id quod inde acquisitum est; cæterum † fieri potest, ut 13
ius eius rei facto emptoris aliqua in re imminutum sit, aut etiam æstimatio, neque tamen id appareat: item ut nihil dum acquisitum sit, res tamen in ea caussa sit, ut postea acquiri possit, quibus nominibus venditori consuli oportet: subsidio in hac caussa & similibus omnibus cautiones comparatæ sunt in utrumque tempus tam præteritum, quam futurum, quibus de indemnitate venditori consulatur. In præteritum de dolo malo emptoris, ne forte rem aut pignori dederit, (nam etiam redhibito mancipio pignus, quod ab emptore datum est, manet. *L.* 3. *L.* 4. *quib. mod. pig. sol. L. bovem*. 43. §. *pignus*, *hic*.) aut iussu eius damnum alicui datum sit. In futurum de re redhibenda, quæ postea ad eum pervenerit, aut dolo malo eius factum erit, quo minus perveniret; ut, si iudicium servi nomine susceperit, quo iudicio fieri potest, ut venditor ei condemnetur. *L. redhibere*, §. 1. *L. item si*, 30. *hic*.

Habes, quid emptor venditori præstare debeat, priusquam ab eo quidquam consequatur. Quid, si cum iudicio ad redhibendum egerit, ista non præstet? Non est expectandum, ut ipse venditori condemnetur: nam hic venditor actor non est. Sed emptori, qui agit, venditor non condemnabitur. Utetur enim venditor exceptione edicti, quo edicto ædiles ordine fecerunt, ut ante omnia, quæ supra scripta sunt, præstet, sic deinde suum consequatur. *L. illud*, 29. *L. ædiles etiam*, *in fin.* Unde dubitari potuit, an † mor- 14
tuo mancipio morboso maneat redhibitoria actio ad pretium recuperandum. Movet quæstionem, quod mortuum mancipium iam reddi non potest; at actio ex hoc edicto emptori sub conditione datur, si illa præstiterit emptor, quæ ædiles iubent, id est, rem, & quæ ad rem pertinent. Et placet etiam mortuo homine non solum redhibitoriam actionem, sed etiam cæteras ædilicias manere: neque id solum cum mancipium sine culpa emptoris periit, sed etiam cum dolo, aut culpa: ut siquidem sine culpa perierit, emptor

ptor de pretio agere possit, quamvis rem, quæ non est, non redhibeat, nec quidquam eo nomine præstet: sin culpa eius, tum uti servus pro vivo habeatur, & quia is præstari non potest, æstimatio eius præstetur. *L. quod si nolit*, *§. item ait*, *& §. si mancipium L. si hominem*, 47. *in fin. cum principio L. seq.* Nec moveri debemus, quod res non sit, quæ redhiberi possit. Nam ut maxime res venditori reddi debeat: tamen sive absque culpa emptoris res pereat, secundum regulam iuris debitor liberatur. *L. si ex legati caussa, de verb. obl. L. quod te, si cert. pet.* sive culpa eius periit, æstimationem pro ea præstando facit, ut pro vivo is servus habeatur. Sciendum tamen est, si hominem emptum quis manumiserit, actiones omnes ædilicias denegari. *L. si hominem*, 47. *hic*, quasi suum omnino manere voluerit, qui manumisit, nec quo pretio apud se esset, curarit, qui ideo emit, ut manumitteret. Quamquam autem diximus hæc omnia emptorem præstare debere ante, quam quidquam consequatur: tamen quia id solum agunt ædiles, ut venditori prius consulatur, deinde etiam emptor suum consequatur; valde æquum est, & ex sententia edicti admitti, quod Caius in hac re suadet, in *L. videamus*, 26. ut emptor liberetur, non si hæc omnia ante restituat; sed si caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, illa esse restituturum. *Alioqui*, inquit, *iniquum erit, emptorem compelli dimittere corpus, & ad actionem iudicati mitti, si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris*.

15 His præstitis quæ ædiles iubent, hoc † reliquum est, ut emptor quod dedit, eo nomine, recipiat. Sequitur igitur in edicto, *si & quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit*. Pretium, & quod accessionis nomine datum est, restituere his verbis iubetur venditor. Id si certum dictum est in eam rem, quæ redhibetur, res expedita est. Sed si plures res pariter emptæ sint uno pretio in omnes universim constituto: veluti si armentum emptum est centum, si grex, & unum aliquod animal morbosum sit: quoniam singulorum pretium nullum dictum est, res dubitationem habet, quod tandem pretium statuatur. Et faciendum est, quod de parte simul evicta servatur. Pro bonitate rei redhibitæ æstimatio præstabitur, postquam aliud certi constitui non potest. Si quo modo pretium in singula capita constitutum est, ut cum grex emitur uno pretio in singula capita dicto, non quia singula tanti valeant, sed quia placeat alia capita aliorum æstimationem supplere: non amplius reddetur, quam dictum est, nec minus, quam dictum est; quamvis per se pluris sit, aut minoris, quod evincitur. *L. si plura*, 36. *L. pen. hic*. Quod aiunt ædiles, *quanta pecunia pro eo homine soluta*, sic accipi debet: quæcumque pecunia non pro pretio tantum, sed etiam emptionis caussa erogata est: si modo tamen aut voluntate venditoris erogata sit, aut necessario, ut si vectigalis nomine soluta, data est. *L. debet*, 27. Quod si id eiusmodi erat, ut emptor facere non cogeretur: neque emptionis caussa factum videbitur, neque id venditor restituere cogetur, si rem nolit recipere: veluti si quid ob delictum servi emptor præstiterit, vel si quas impensas in eo curando fecerit. Nam de eo, quod ob delictum præstitit, imputare sibi debet, quod cum posset hominem noxæ dedere, rem inutilem, nec necessariam fecerit, id est, litis æstimationem sufferre maluerit. De impensis, sic eas fecit, ut posset servum redhibendo eas non facere; & ideo eas non recuperabit: nisi si, ut ante dixi, venditor rem suam recipere velit. *L. cum autem*, *§. Iulianus. L. illud, in fin. hic*. Hæc de impensis sic accipienda sunt, si ante iudicium factæ sint. Enim vero si post iudicium acceptum factæ sint ab emptore, eæ iudicis officio imputabuntur. Iam enim eas necessario fecit emptor, cui non licuit rem iudicio constituto impune negligere. *L. item si servi*, 30. *hic*. Aiunt ædiles, *cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit*. Hoc † quoque ad 16 indemnitatem emptoris pertinet, ut non solum quod dedit pro eo homine recipiat; sed etiam si pro eo obligatus est, vel ipsi venditori, vel alii eo nomine, ut liberetur. Et quoniam fieri potest, ut nondum obligatus sit emptor, res tamen in ea caussa sit, ut possit ex eventu obligari. Veluti si iudicium servi nomine acceperit: quemadmodum ipsum cavere venditori in simili caussa debere diximus; sic hoc vice mutua in hac re caveri debebit fore, ut si sine dolo malo suo condemnatus erit, liberetur: ut sit cautio in futurum ad liberationem. Quæ si emptori † 17 non præstabuntur, iam illa condemnatio sequetur, quanti utraque res erit, & quod pretium non redditur, & quod emptor non liberatur. Quibus verbis quanticumque emptoris interest, continetur. *L. illud*. Hinc autem intelligitur, quid sit, quod Caius in *L. redhibitoria*, 45. scribit, redhibitoriam actionem duplicem habere

bere condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnari venditorem. Duplum intelligit, non quia unius alicuius rei duplum sit, cuius alias nihil sit, nisi simplum; sed quia duæ res ex hoc edicto præstandæ sunt, quibus non præstitis, quia singulorum sua condemnatio est, fit ut in duplum sit condemnatio. Sed quoniam evenit, ut interdum pretium & accessiones venditor reddat: eum autem, qui obligatus est, non liberet, aut contra liberet quidem eum, sed pretium non reddat: quia tantum una res iam ad præstandum deest; ideo illius solum, id est, simpli condemnatio est, eoque modo ipse interpretatur.

18 Arbitrariam hanc † actionem in factum esse ex verbis edicti coniicere possumus, quoniam sic concepta est, ut sit necesse quod prius arbitretur iudex, præstari: nisi venditor id præstet, condemnatio sequatur. *L. illud*, 29. Hoc vero est ex arbitrio iudicis pendere: quæ arbitrariarum actionum definitio est apud Iustinianum. *§. præterea, Inst. de act.* Vide in hunc locum, quæ scripsi *ad §. præterea*, n. 13. *Inst. de act.* Præterea hæc erat in edictis prætorum conditio & conceptio propria, quibus arbitrariam actionem pollicebantur, ut cum ex aliis multis, tum vero ex actione de eo, quod metus caussa, intelligi potest. In qua similia verba fuerunt. Ulpianus, *Si ante sententiam*, inquit, *homo sine dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur, idque his verbis* edicti, *neque ea res arbitrio iudicis restituatur*. L. item si cum, *§. pro eo, de eo, quod met. cau.* Unde eam ubique Ulpianus arbitrariam nominat. *d. L. item si. §. hæc autem*, & *§. seq.* Hinc passim mentio fit arbitrii iudicis sub hoc titulo, ut *L. cum autem*, 23. *in princ. L. illud*, 29. *in fin. L. quod si nolit*, 31. *§. Pomponius*, & *§. culpam*. Si actione ex empto ad redhibendum utemur, quando hæc quoque ex hoc edicto inducitur, ut ante diximus, idem consequemur. Nam & hæc arbitrium iudicis habet, *ex fide bona*, ut quam liberrime arbitrari index possit, quod alterum alteri ex æquo & bono præstandum est. *L. in bonæ, Inst. de act.*

His cognitis de principalibus personis emptore & venditore: de horum heredibus quæsitum est, possintne plures heredes emptoris rem redhibere pro parte; & possitne pluribus heredibus pro parte redhiberi. Et de hac re Ulpianus in *L. quod si nolit*. 31. *§. si plures*, & *§. venditori*, ad hanc sententiam scribit: si plu-
19 res † heredes sint emptoris, omnes ad redhibendum consentire debere, dareque unum procuratorem; singulos pro parte redhibendo non liberari. Rationem hanc esse, quæ alibi multis locis exposita sit, *ut L. 2. §. 1. L. 4. §. ult. L. in exsecutione, §. pro parte, de verb. obl.* quod cum duæ res alicui sub disiunctione debentur, puta decem, aut Pamphilus, non possint unius rei partem præstando heredes liberari: ne si id fiat, alii possint alterius rei partem præstare, & ita creditor non consequatur, quod stipulatus est: cui una res ex illis debebatur, non duarum rerum diversarum partes. Quod in proposito accidit, nam hoc edicto adversus venditorem de re morbosa duæ actiones proditæ sunt, ad redhibendum, & quanto minoris. Cum utraque possit conveniri, hoc tamen illi debetur, ut alterutra, idest, illa aut illa tantum conveniatur. At contra eveniet, si unus ex heredibus partem hominis redhibuerit. Nam alii coheredes, ad quos factum coheredis sui nihil pertinet, agent pro sua parte, quanto minoris. Itaque fiet summa iniuria venditori, ut partem rei suæ recipiat; de alia parte in pretium conveniatur. De venditoris heredibus, sicut in aliis obligationibus, quæ partis præstationem recipiunt, sic in hac diversum † ius esse. 20
Posse enim singulis pro portione hereditaria servum redhiberi: optima ratione, quæ alibi ab eodem redditur: *L. 3. de ver. oblig.* quia scilicet singulorum nihil amplius interest, quam pro parte. Quamvis igitur parte uni alicui soluta evenire possit, ut adversus alios quanto minoris agat emptor: tamen id queri heres non poterit, qui dum suam partem consequatur, & eatenus indemnis reddatur, quid cum coheredibus suis agatur, solicitus esse non debet. Recte enim ei dicetur, tua nihil interest, dum tibi pro parte satisfiat, quando amplius non debetur. De redhibitoria actione dictum est, quæ ex ea caussa competit, cum res distracta in ea caussa est, ut etiam invito venditore redhiberi possit. Observandum est † in factum quoque actionem hoc edicto esse 21
propositam, qua emptor idem consequatur, quod supra si res ultro recipienti venditori iam ante redhibita sit. Quod ideo fecerunt, ne si semel sua sponte venditor hoc admisisset, postea eo confugeret, ut diceret non esse rem in ea caussa, ut posset redhiberi. Sat fuit ædilibus tanquam pro tali a venditore ante receptum esse. De hac actione meminimus in edicto, & Ulpianus de ea agit in *L. quod si nolit*, 31. *§. in factum*. Et de redhibitoria actione satis.

CAP.

CAP. VI.

De actione, quanto minoris, & ea, quæ est in id, quod interest, ex hoc edicto.

SUMMARIA.

1. *Actio quanto minoris quid sit, potest ex quis sæpius experiri diversarum rerum nomine.*
2. *Actio quanto minoris excluditur a redhibitoria, & vicissim; sed non perpetuo quoad hoc posterius.*
3. *Quando hæc actio quanto minoris contineat redhibitoriam, & quid hinc consequens.*
4. *Actionem quanti minoris anni intervallo concludi: Hanc ut redhibitoriam certis de caussis in edicto expressis competere, nullamque ex iisdem caussis esse civilem actionem.* *Hoc latius exponitur, & contraria sententia refutatur, ibid.*

1 Altera est † actio emptori prodita, ut si rem habere quidem velit, velit tamen sine incommodo suo, in id quanto minoris empturus fuerit, agat, idque consequatur. Quæ actio intra annum competit. Hoc iudicium æstimatorium iurisconsulti vocant: *L. si quid venditor*, 18. *L. bovem*. 43. *L. aliquando*, ideo, quia eo iudicio æstimatur res, quanti re vera valuerit eo vitio corrupta, quo laborabat, ut quo pluris empta est, id reddatur. Hoc iudicio sæpius agi potest, non eiusdem vitii, morbive nomine, quod iniquum est; sed diversorum: ut quantum est, quanto minoris quis empturus esset, si singula vitia non ignorasset, id præstetur. *L. quod si nolit*, §. *si quis egerit*, *hic*. *L. quia dicitur*, *de evict.* Cum sint
2 autem hæc † iudicia sub distinctione prodita, ut aut ad redhibendum agere liceat, aut quanto minoris: fit, ut qui alterutro eorum egerit, si altero postea agat, exceptione summoveatur. *L. si is*, *qui heres*
3 §. 1. *de except. rei iud.* Sciendum tamen † posteriorem actionem, quanto minoris etiam redhibitionem in se continere, si tale vitium in homine sit, ut eum ob id actor empturus non fuerit. *L. si is*, *qui heres*, §. 1. *de excep. rei iud.* Minus enim facturus fuisse recte dicitur, qui omnino facturus non fuit: ut minus solutum intelligitur etiam, cum nihil solutum est. *L. minus*, *de verb. sign.* Ita eveniet, ut qui quanto minoris egerit, quamvis id spectarit principio, non ut res redhiberetur, sed ut æstimata maneret recepto eo, quanto minoris actor empturus fuerit: si reperiatur ad extremum res nullius usus esse posse, veluti quia servus furiosus est, aut lunaticus, officio iudicis consequi debeat, ut res redhibeatur. *L. bovem*, §. *aliquando*, *hic*. Et quoniam ob diversa vitia sæpius quanto minoris agi potest: eveniet etiam, ut qui quanto minoris antea egit, possit postea ad redhibendum experiri, eo vitio comperto: ex quo si quanto minoris agatur, reperiatur actor empturus non fuisse, ideoque etiam redhibitio inde sequatur.

Illud idem præcipue de hac † actione 4 monendi esse videmur, quod de redhibitoria ante diximus, actionem certis de caussis, nempe iis, quæ hoc edicto expressæ sunt, propositam fuisse ab ædilibus, & propositam esse intra annum dumtaxat. Unde intelligi debet, ex illis caussis ultra id tempus agi non posse. Ex quo rursum efficitur, nullam esse ex iisdem caussis quanto minoris civilem actionem, contra quam vulgo placet. Sic enim omnes fere tradiderunt ad *L. Iulianus*, *in prin de act. empt.* duplicem esse quanto minoris actionem, unam civilem (quod ut facerent, ea re moti sunt, quod Iulianus eo loco dicat, si tignum vitiosum venditum sit, & venditor vitium ignorarit: actione ex empto emptorem consequi posse, quanto minoris empturus fuisset) alteram prætoriam ex hoc edicto. Hanc de mancipiis, & iumentis hoc edicto propositam esse intra annum; illam esse de cæteris rebus perpetuam, ut de tigno. Prætoriam esse in id, quanto minoris res est. Sic enim verba edicti sunt: *aut quanto minoris cum venierint, fuerint:* L. ædiles aiunt. Civilem, quanto minoris quis empturus fuisset. Inter quæ, inquiunt, plurimum interest. Quorum utrumque falsum est. Nam primum quod dicunt, actionem quanto minoris edicto ædilium de iumentis, & mancipiis esse propositam, vere dicunt. Quod addunt, de iis tantum: in eo apertissimis sententiis iurisconsultorum refelluntur, a quibus de sententia edi-

cti

cti est hoc traditum, edictum ædilicium etsi de mancipiis & iumentis conceptum sit, tamen sententia ad venditiones rerum omnium pertinere. *L.* 1. *hic*. Quod autem hæc genera ita distinguunt, ut prætoriam esse dicant in id, quanto minoris res est: civilem, quanto minoris empturus fuisset, ineptissime faciunt, cum inter hæc nihil intersit. Non enim in edicto ædilicio dicitur, quanto minoris iumenta sunt, sed *quanto minoris, cum venierint, fuerint*. Id autem est, quanto minoris empturus quis fuerit. Tunc enim empturus erat, cum venibant, & non pluris empturus erat, quam valebant: & quanti valebant, tanti illum empta habere æquissimum est. Unde hoc iudicium æstimatorium appellatur, quia res æstimatur, quanti vere valuerit eo vitio affecta, quo tenetur: ut quanto minoris valuit, quam empta est, tantum reddatur. Ne multis: illi ædiliciam quanto minoris esse aiunt de mancipiis, & esse in id quanto minoris res fuerit, cum venibat. Hoc iam nihil aliud esse, nisi quanto minoris actor empturus fuisset, cognoscant ex eodem Iuliano, qui in *L. quia dicitur, de evict.* ita scribit: *Egit emptor quanti minoris propter fugam* (de mancipio loquitur) *deinde agit propter morbum. Id agendum est, ne lucrum faciat emptor, & bis eiusdem vitii æstimationem consequatur. Fingamus emptam decem: minoris autem empturum fuisse duobus. Hæc consecuturum propter fugam* scribit. *Mox comperisse, quod sanus non esset, similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset. Rursus consequi duo debebit*. Hæc ille. Ex quibus vel cæco apparet, & nihil aliud esse, quanto minoris quis empturus fuit, quam id, quanto minoris res fuit: & de mancipio hanc esse actionem quanto minoris fuerit, quod illi negabant. Quid plura? Exstat Gordiani rescriptum sub eo *tit. C. L.* 2. quo generaliter demonstratur, nec actionem redhibitoriam ultra sex menses, nec quanto minoris post annum competere. De mancipii morbo consulebatur anno iam exacto, ex quo venditum erat. Quærebatur, possetne emptor aliqua ratione eo nomine cum venditore congredi post annum: ille ait, non posse ulla ratione. Redhibitoriam enim actionem sex mensium temporibus; quanto minoris anno concludi manifesti iuris esse. Nimirum hoc voluit, nullo modo agi posse eo nomine nec iure civili, nec ædilicio. Non enim hoc agebatur, an ædilicia aliqua actio competeret, sed an aliquo modo posset agi iure: quod ille negavit. Ex quo colligitur, nullam esse civilem ex empto eo nomine perpetuam: quæ si esset, actio aliqua post annum competeret. Ridiculum est enim, quod Bartolus ait, cum illud Gordiani rescriptum situm sit sub titulo, *de ædiliciis actionibus*, accipiendum quoque esse de ædilicia quanto minoris actione. Quasi vero quia sub titulum de ædiliciis actionibus a Triboniano postea relatum est, efficere possit, ut sententia Gordiani mutetur: & cum appareat illum de omni actione, quæ eo nomine competere posset, respondisse, de eo non responderit. Recte igitur sic dicetur: cum de omni actione consuleretur Gordianus vitii nomine, nulla autem alia actio quanto minoris competeret, quam ex edicto ædilium, eaque intra annum dumtaxat, unde & generaliter de eo rescripsisset: rescriptum eius in titulum de ædiliciis actionibus bene relatum est. Non autem quia sub eum titulum relatum est, ideo de alia actione, quam de ædilicia antea non respondit. Quid ergo est, quod Iulianus ait: *si quidem ignorans fecit, id tantum actione ex empto præstaturum, quanto minoris emptor empturus fuisset, si ita scisset?* An non ex empto actio civilis, eoque etiam perpetua est? Ego de hac re idem, quod de redhibitione respondeo: ex empto actionem induci ex hoc edicto in id quanto minoris, quia id inductum sit ab ædilibus, ut emptori propter emptionem præstaretur, quanto minoris empturus esset. Quæcumque autem emptori præstanda sunt vel more, vel iure certo, vel quocumque alio modo, iudicio ex empto peti possunt. *L. ex empto, de act. empt. L. quod si nolit, §. quia assidua, hoc tit.* Sed idem affirmo hac conditione, iisdemque legibus ex empto agi ex hac caussa posse, quæ edicto ædilium constitutæ sunt, ut ultra annum agi non possit: quia nec sit post annum, quod emptori ullo iure præstari debeat. Denique ex empto actio est in hanc rem inducta, adiecto hoc temperamento, quasi quodam titulo actionis, quanto minoris. Ut actionem de peculio dicimus, cum principalem aliquam actionem intelligere volumus, quæ ex contractu filiifamilias competat, quæ tamen peculio tenus competat. De actione, quæ ex iis caussis in id, quod interest, competit, a nobis quod satis sit, ante dictum est & *Cap.* 1. & *Cap.* proximo *in principio*.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.

AD TITULUM, DE EVICTIONIBUS, ET DUPLÆ STIPULATIONE.

CAP. I.

Quæstio de evictione ubi locum habeat: quid in ea quæratur: tum quid sit stipulatio duplæ & simplæ, & in obligatione empti & venditi quo iure hæc habeatur.

SUMMARIA.

1. *Hoc in Empti iudicio præcipuum, ut venditor Emptori ita rem tradat, ut ei rem habere liceat, unde evictionis obligatio.*
2. *Tractandarum rerum ordo & partitio.*
3. *Duplæ stipulatio quid sit. Hanc promitti a venditore; quid si nolit.*
4. *Quibus in rebus duplam promitti oporteat.*
5. *Quæ res pretiosæ, ut duplæ stipulatione contineantur; & quæ contemptibiles ut ad hanc non pertineant.*
6. *Simplam promitti indiscriminatim in rebus omnibus.*
7. *Utraque stipulatio committitur, evictione secuta.*
8. *Aditus ad* Cap. seq.

HÆc de evictione, & duplæ
stipulatione quæstio, pars
est, vel potius appendix
quædam eorum, quæ em-
ptori iudicio empti præ-
standa sunt. Inter cætera
1 † de eo, quod primum in
venditionis obligatione & summum est,
sic traditum est, venditorem emptori rem
tradere debere, non etiam rem facere
emptoris: sed ita tradere tamen, ut em-
ptori rem habere liceat, ne ab eo avo-
cetur, nam alioqui nec tradita videtur.
*L. ex empto, in princ. L. 3 in pr. L.
servus, § ult. de act. empt.* Ex quo ef-
ficitur, ut siquidem venditor dominus sit,
emptorem dominum faciat: si non sit,
hactenus obligetur, ut evictionem, idest,
evictionis periculum, ac detrimentum em-
ptori præstet re evicta. Sic enim fit, ut
constet emptori habere rem non licere,
si ab eo evincatur. *d. L. ex empto, de*
2 *act. empt. L. venditor, D. hoc tit.* †
Quid sit igitur evincere; quæ res ita evi-
cta intelligatur, ut sit regressus emptori
ad venditorem propter evictionem; quæ-
que eo nomine in venditorem actio sit,
quærendum est. Quæ sunt maxime de
evictione quæstiones, in quibus hic titu-
lus continetur. De stipulatione duplæ
quod quæritur, cuiusmodi sit, videamus.
De ea re † hoc iuris est. Cum vendi- 3
tor emptori obligetur, ut ei rem habere
liceat: sciendum est sic eum obligari, ut
etiam hoc nomine ex empto actio sit: ut
habere licere emptori nominatim caveat.
L. ex empto, §. venditorem, de act. empt.
Hoc amplius etiam eo nomine duplam
repromittere debet, si rem habere non
licebit: nisi quid aliud ex consuetudine
eius regionis, in qua negotium gestum
est, observetur. Id enim caveri pro evi-
ctione oportebit. *L. 6. D. hoc tit.* Ul-
pianus ad ædil. edictum: in *L. quod si
nolit, §. quia assidua,* de ædilic. edict.
Quia assidua est, inquit, *duplæ stipula-*

tio,

tio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam mancipii venditor non caveat. Ea enim, quæ sunt moris, & consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire. Idem in *L. emptori, 37. in princ. hic*, hoc. tit. *emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur (nisi si specialiter id actum proponatur) sed ut repromittatur.* Est autem duplæ stipulatio idem, quod dupli. Subauditur enim quantitas sive æstimatio: ut sit stipulatio quantitatis duplæ æstimationisve eius rei, quæ distracta est. Unde quod duplam dicimus, duplum dici plerisque in locis legimus, ut *L. vindicantem 17. hic. L. pen. C. eod. tit.* Quid ergo si dupla non repromittetur? Iam dixi, eo nomine actionem esse, in cuius iudicii condemnationem duplum venire traditum est: *L. 2. hic.* Scilicet ut quantum id est, quod petitur, tanti eo nomine condemnatio sit.

4 Non omnibus tamen in rebus † duplam promitti oportere a venditore Ulpianus auctor est, sed tantum pretiosioribus. De quo ita scribit in *d. L. emptori, §. 1.* hoc tit. *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum: ut non ex omni re id accipiamus, sed de iis rebus, quæ pretiosiores sunt: si forte margarita aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat.* Ex quibus colligitur, si fundus aut ædes vendantur, aut quid aliud immobile, semper duplam præstari debere; at in rebus mobilibus non semper. In mancipiis quidem omnibus promitti eam oportuit. *d. L. quod si nolit. §. quis assidua, de ædil. edict.* In cæte-
5 ris ita demum, † si non contemptibiles fuerunt, si ornamenta pretiosa fuerunt. Sed unde rerum contemptum, aut pretium æstimabimus? Quem huic rei statuemus modum, ut quod infra sit contemptibile, quod supra sit, pretiosum dicere possimus? Nam hoc Ulpianus non definit, & tamen intelligi ad definitionem eius necesse est. Et Ulpianus idem alibi de actione de dolo agens ait, in primis eam non debere dari, *si modica summa sit:* & modicam interpretatur Paulus ibidem usque ad duos aureos. *L. si quis affirmavit, §. ult. & L. seq. de dolo.* Quid igitur vetat, quo minus eandem regulam, & certitudinem æstimationis in hac re sequamur, ut quod modici pretii est, idest, infra duos aureos, contemptibile sit, nec pretiosum: quod eam summam excedit, pretiosum vocemus? nisi quid certius ad hanc rem affertur.

In rebus quidem † certe omnibus, ut 6
ad rem redeam, simplam promitti oportuit, idest, quantum id erat, quod distractum fuerat, nisi id habere emptori liceret: neque id otiose. Quamquam enim sine duplæ aut simplæ stipulatione actio est ex empto re evicta, in id quod interest, quod interdum pretium egreditur: tamen est, ubi nostra nihil intersit rem evictam esse, & tamen stipulatio re evicta committatur, ut postea dicemus. Utraque
† stipulatio tunc committitur, cum res 7
emptori evicta est, ut eam emptori habere non liceat. *L. si servus. §. 1. L. si mancipium, §. ult. hoc tit.* Tunc enim habere licet, cum non evincitur: & intelligitur tunc demum emptori per venditorem habere non licere, cum res ob id evicta est, quod aliena esset. Quare
eadem quæstio † hic exoritur, quæ supra: 8
ut utrobique quid sit evictio, & quibus rebus contineatur, cognoscendum sit: ut qui id noverit, simul & quando ob evictionem liceat agere propria actione, & stipulatio duplæ ob eandem caussam quando committatur, noverit. De quibus paulo post dicendum est.

CAP.

C A P. I I.

Evictio emptori in univerſum quando, & quatenus præſtanda.

S U M M A R I A.

1. *Tranſitio & ordo.*
2. *Actionem eu empto habet emptor evicta re, etſi de eo nihil convenerit.*
3. *Quinimmo etſi convenerit ut non aliter præſtetur evictio quam ſi res a venditore vel eius herede evincatur; vel ut omnino non præſtetur: pretium evicta re certo reddendum erit & n.* 5.
4. *Exceptio.*
5. *Verba illa* ex §. ult. L. ex empto, *eod.* Sed in ſupraſcriptis conventionibus contra erit dicendum, *exponuntur.*
6. *Quod ſi emptor rem ſcivit eſſe alienam vel obligatam ideoque evictioni obnoxiam, nec venditor de evictione tenetur, ubi de eo nihil convenerit, nec pretium reddere cogitur.*
7. *Qui ſtatuliberum vendit, nec tamen conditionem libertatis celavit, nullo pacto tenetur de evictione.*
8. *Qui conditionem certam libertatis pronuntiat, & tamen ex alia ſervus manumittitur, evictione non liberatur, & quare &* numer. 10.
9. *Niſi tamen celata conditio ex qua ſervus ad libertatem pervenit, meliorem faciat emptoris conditionem: & quæ ſit talis.*
10. *Qui ſervum pro conditione libertatis decem dare iuſſum, viginti dare iuſſum dixit emptori, qua actione teneatur ob evictionem.*
11. *Et quando in hac ſpecie duplæ ſtipulatione teneatur venditor.*
12. *Idem iuris eſſe de uſufructu, de quo in rei venditione dictum eſt eſſe Titii nominatim, cuius non erat: ac de conditione in venditione ſtatuliberi falſo pronunciata.*
13. *Qui prædixit emptori conditionem rei certam, unde res ab illo avocari poſſit, nec de pretio tenetur ea re evicta.*
14. *Et quare pretium reſtituere cogitur qui generaliter cavit, ne evictionis nomine teneretur.*

1 SED quia hæc † ita quærenda ſunt, ſi modo aliquis regreſſus ſit emptori adverſus venditorem ob evictionem: detracta autem duplæ ſtipulatione non ſemper de evictione actio eſt, in quam ſententiam etiam pleraque reſponſa ſub hoc titulo exſtant: ne fruſtra reliqua ſumatur diſputatio: ſimul ut illa, quæ dixi, capita quo referri debeant, intelligi poſſit: ante conſtituendum videtur, quid in univerſum iuris ſit de evictione: ſic deinde hoc conſtituto, regreſſum eſſe ob hanc cauſſam: illud quærere, quid ſit, quæque eo nomine ſint actiones. Actionem † ex empto
2 eſſe emptori adverſus venditorem ob id, quod res evicta eſt, regulariter definitum eſt: idque naturaliter continetur huius iudicii poteſtate, quamvis nihil convenerit. *L. ex empto, in princ. de action. empt.* Quin etiam † ſi aperte venditor pronun-
3 tiavit, ſi ab alio res evincatur, quam a ſe heredeque ſuo, ſe evictionis nomine non teneri. hoc Iulianus ſcribit, & Ulpianus probat, *d. L. ex empto, §. ult. de act. empt.* teneri ipſum nihilominus re evicta: non quidem ut utilitatem præſtet, ideſt, quod emptoris intereſt (nam huc pertinet, eamque vim habet conventio, ne præſtet) ſed ut pretium reddat, quod accepit. Neque enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret. Quod ita eſſe melius ex Ulpiani verbis cognoſcemus. Is ita ſcribit: *Sed Iulianus libro decimo quinto Digeſtorum ſcribit, etiam ſi aperte venditor pronuntiat per ſe, heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat: poſſe defendi ex empto quidem eum in hoc non teneri, quod emptoris intereſt: verumtamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem eſſe dicendum, etſi aperte comprehendatur nihil evictionis nomine præſtitum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret. Niſi forte,* inquit, † 4
ſi quis omnes iſtas ſupraſcriptas conventiones reciperet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos acciptat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: veluti cum futurum iactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe. Nam etiam ſi nihil capit: nihilominus emptor pretium præſtare neceſſe habebit. Sed in ſupraſcriptis conventionibus contra erit dicendum; niſi forte ſciens alienum vendidit. Tunc enim ſecundum ſupra a nobis relatam Iuliani ſententiam, dicendum eſt, ex empto eum teneri, quia dolo facit,

5 Hæc ille. In quibus quod in fine ita † scribit Ulpianus, *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, non sic accipiendum est: quasi velit in suprascriptis conventionibus, in quibus alea non emitur, contra esse dicendum, quam Iulianus senserit, & Iulianum reprehendat; ut pretium ne in his quidem sit restituendum, ubi convenit, ne evictio præstetur. Alioqui cum proxime in iis, in quibus emitur alea, dixisset pretium non esse restituendum, & cum posset idem dici in suprascriptis conventionibus, in quæstione posuisset: si id quoque verum esse sentiret, debuit ita dicere: Et sane in suprascriptis conventionibus idem dicendum est: ut esset hic sensus, ne in his quidem pretium restituendum esse re evicta secundum conventionem. Quod illum contra fecisse apparet. Quid ergo est? Nimirum cum initio posuisset Iulianus venditorem pretium retinere non posse, quamvis convenisset, ne evictio præstaretur: deinde dubitationem intulisset, quasi suprascriptas omnes illas conventiones, de quibus ipse locutus erat, potius ita recipere deberemus, quemadmodum recipitur, cum alea emitur: hoc non probans Ulpianus, continuo subiungit: Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, quasi diceret: non bene supra scriptæ conventiones, in quibus res certa, non alea emitur, his emptionibus comparabuntur, in quibus alea emitur. Erit igitur contra dicendum, ut pretium in his restituatur; sed pretium tantum. Unde addit, *nisi forte sciens alienum vendidit. Tunc enim*, inquit, *secundum supra relatam Iuliani sententiam ex empto erit actio*: idest, non pretium tantum, sed etiam utilitas veniet. Hæc enim iudicio empti præstantur *L.* 1. *de act. empt.* Et merito Iuliani sententia prior retinenda est. Ut enim cætera reprehenderet Ulpianus, Iuliani rationem non infirmavit, *bonæ fidei iudicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret*. Quod quidem in his verum est, in quibus res certa emitur. In emptionibus in quibus alea emitur, nihil fit contra bonam fidem, si ubi nihil ceperis, pretium tamen habeas. Alea enim, non res certa emebatur.

Sed hæc ita sunt; si emptor rem esse
6 alienam ignoravit. Enim vero † si sciens alienam vel obligatam comparavit, nec quidquam de evictione convenit: non solum re evicta in id, quod sua interest, agere non potest, sed ne id quidem, quod eo nomine dedit, repetere. *L. si fundum, C. eod. tit.* Cui consequens est, ut si cum quid iuris venditori in re vendita deesset, qua in caussa res esset, prædixerit, talemque vendiderit; re ob eam caussam ablata, nullo modo teneatur. Proinde creditor, qui rem sibi obligatam iure creditoris, vel, quod idem est, iure pignoris, idest, tanquam obligatam, non tanquam suam vendit: ea evicta, quod debitoris in bonis non esset, ex empto non tenebitur, ne ad pretium quidem restituendum? hac enim lege vendiderat, emptorem quid accidere posset, admonens. *d. L. ex empto. § sententiam, de act. empt. L. & si is, de dist. pign.* Plus dicimus, etsi venditor nondum pretium sit consecutus: nullam tamen exceptionem habere emptorem, quo minus pretium venditori solvat. *L. cum ea* 60 *hoc tit.*

Huc referri debent, quæ tam multis locis de statulibero sub hoc tit. inculcantur, ut si is venditus sit: quod in eo venditor exceperit de futuro casu, aut conditione, qua ea res in libertatem auferretur, in eo evictionis nomine non teneatur. Itaque † refert, quid excipiat: utrum 7
generaliter pro statulibero vendat, ut quocumque modo statutam in tempus habeat libertatem, venditor non teneatur; an vero certam conditionem pronunciet, sub qua dicat ei libertatem datam. Nam qui simpliciter statuliberum vendit, quacumque modo res evincatur, evictionis nomine non tenetur; nisi in venditione prosusorie statuliberum dixerit, conditionem autem libertatis celaverit, quam emptor ignorabat. Quo casu evictionis quidem nomine se liberavit, sed quia emptorem decepit, dupli iudicio tenebitur. *L. qui libertatis, in prin. L. sed etsi quis hoc tit.* Qui autem † certam conditionem pro- 8
nuntiat, quia eam solam excipit, si quidem in eam conditionem servus in libertatem auferatur, liberatur venditor; si in aliam, nequaquam. Merito, quia hanc rem non excepit. Quod tamen sic receptum est: si modo expediebat emptori evinci servum ea conditione, quam venditor pronuntiavit. Finge ea conditione non fuisse tam cito, aut non tam facile e servitute exiturum, quam illa, sub qua re vera manumissus est; quia emptoris conditio deterior fit, ut celerius aut facilius servus in libertatem auferetur, quam ille exspectabat: venditorem ob evictionem teneri æquum est. Quod † si celerior aut 9
facilior fuit ea conditio, quæ pronuntiata est, quam sub qua re vera servus manumissus est: quia etiam si illa conditione in libertatem non aufertur, melior ta-

men

men sit conditio emptoris, cui diutius servit is, qui venditus est: iniquum sane sit venditorem eo nomine teneri, quod emptori de conditione mentitus est. Huius generis exempla sunt apud Africanum hæc sub hoc titulo in *L. fundum*, 46. §. *cum tibi*. Cum tibi Stichum venderem, dixi eum statuliberum esse sub hac conditione manumissum, si navis ex Asia venerit. Is autem si Titius consul factus fuerit, manumissus erat. Si prius navis venerit ex Asia, quam Titius consul factus fuerit, venditor non tenebitur: quoniam quod servus non statim liber factus est, cum ea conditio exstitit, quæ pronuntiata est, non ideo emptoris deterior conditio sit; sed tanto melior, quanto illi servus diutius servit, quam sperarat. Fingamus etiam dixisse venditorem post annum liberum fore, qui post biennium libertatem acceperat, & post biennium in libertatem evinci, vel eum, qui decem dare iussus erat, dixisse quinque dare iussum, & is decem datis ad libertatem pervenerit. Nihilo magis, quam supra tenebitur. Interest enim emptoris differri hominis libertatem in longius tempus, quo diutius eo fruatur; & sub graviore conditione pecuniæ dandæ esse manumissum: quia quo plura iussus erit dare statuliber, ut ad libertatem perveniat, eo difficilius emptoris potestatem evadet: & plura etiam emptor consequetur, quam si ita esset, ut venditor prædixit. Ita quod his casibus servus in libertatem evictus non est ea conditione, quæ dicta est, sed alia, non sit emptoris
10 conditio deterior, sed melior. Contra † tunc tenebitur venditor, cum eam conditionem pronuntiavit, quæ post eam exstitit, sub qua re vera statuliber manumissus est; aut cum decem tantum dare iussus esset: dixit iussum viginti dare. *L. qui libertatis*, *hic*. Non quia, ut Accursius in hoc exemplo putat, difficilius possint viginti expediri, quam decem (nam hac ratione eo melior fieret conditio emptoris, quo difficilius statuliber ad libertatem perveniret) sed quia, ut apparet, cum servus decem dando libertatem consequetur, emptor decem amittat, quæ consequeretur, si verum esset servum sub conditione dandorum viginti manumissum esse. Quo tamen casu non ob evictionem servi actio erit emptori ex empto in id, quod interest, aut nomine duplæ certi condictio: quia de summa quidem mentitus venditor, de genere conditionis mentitus non est, utpote quæ non minus in dando esset, ut Servius & Scævola existimarunt: *d. L. qui libertatis, in prin. hic*. Sed erit ex empto, ut quanto minus consecutus est emptor, quam si servus sub conditione dandorum viginti manumissus esset, id consequatur. *L. qui alienam*, 54. §. 1. *hic*. Exstat tamen † in hac ipsa spe- 11
cie Pauli responsum in *L. si decem*, 10. *de statuliberis*, in hanc sententiam: ut si ob evictionem dupla promissa sit, hoc casu duplæ sit repetitio. Quod ego sic interpretor: si quidem specialiter convenerit, ut si ob hanc conditionem evictus esset, dupla daretur. Quod si generaliter convenerit, ut si servus evinceretur, dupla præstaretur, non committetur hoc casu duplæ stipulatio: quia sit evictus ea conditione, quam venditor prædixerit. Et ita se habere Servii & Scævolæ sententiam existimo.

Quod † de conditione, quam venditor 12
in statulibero vendendo excepit, diximus: idem secundum supra scriptam distinctionem de eo iudicandum est, qui rem vendendo dixit usumfructum alienum esse, & nominatim addidit Titii esse, cuius non erat, isque ab alio evictus est. *L. minor*, §. *ulti. L. fundum, in prin. hoc titu.* Interim illud † maneat, si prædictum sit 13
emptori, quid esset in re, unde res postea ab emptore avocari posset, id actum intelligi, ut si id acciderit, ne pretium quidem venditor restituat: alioqui frustra id expresserit. Nec mirum, † si in eo, 14
qui rem vendens, generaliter ne evictionis nomine teneretur, sibi cavit, diversum respondeamus. Nam cum de conditione rei nihil certo prædixerit, rem tanquam aliquo iure ad se pertinentem vendere intelligitur; sed quia veretur, ne ob ignotam aliquam caussam fiat, ut evincatur (nam si sciret, exprimeret) ideo sibi cavet. Quod cum facit, ideo facere existimandus est in re dubia, non ut ea res ipsi sit compendio, sed ut ne noceat: id est, ne re evicta utilitatem omnem, quam non erit consecutus, præstare cogatur, non ut pretium lucretur, quod sine incommodo suo restituere potest. Hæc de evictione præstanda ante constituere oportuit. Nunc ad rem veniemus.

CAP.

CAP. III.

Evincere quid sit, & quibus rebus contineatur evictio, ut sit actio ob evictionem, ac primum rem emptori auferre oportere.

SUMMARIA.

1. *Evincere ex notatione verbi quid sit, quid rursus in usu iuris.*
2. *Tria concurrere oportet ut res evicta dicatur; adeoque sit locus evictioni, ea quæ.*
3. *Etsi lis de proprietate rei mota sit, immo & secuta iudicis condemnatio, quandiu res emptori non abducitur, stipulatio tanquam evicta re non committitur.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Qui sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam re nondum evicta tenebitur ex empto.*
6. *Emptori victo in rei vindicatione, donec Publiciana superest, non committitur stipulatio,* rem habere licere; *nec actio illi competit evictæ rei nomine.*
7. *Actio ex empto, etiam re non abducta, datur emptori; & qua in specie.*

1 EVincere, † ut verbi vis & ratio facile indicat, est vincendo aliquid ab aliquo auferre & consequi. Unde in disputando, atque omni orationis contentione, quod vi argumentorum, ac dicendo ab adversario extorquemus ut concedat, evincere ab illo dicimur. Eoque modo nunc accipitur. Sed quoniam verbo iuris utimur, & in contentionibus civium inter ipsos de rebus, negotiisque omnibus, quæ iure suscipiuntur, hæc una vincendi ratio est, si iure, iudicioque agamus: unde actio definita est ius persequendi non vi, aut alia ratione, sed iudicio, quod nobis debeatur: eo fit, ut evincere hoc loco id sit, rem non quovis modo, sed per iudicem auferre & avocare ab emptore: vincere denique iudicio rem illius non esse, de qua quæritur. *L. non tamen*, 24. *L. si mancipium*, §. 1. *hoc tit.* Quare si de hac re tota breviter dicendum est, quoniam initio diximus, cum res aliena vendita est, evictionis solum nomine venditorem teneri, ita recte definiemus, tunc rem evictam intelligi, & quod quærimus, tunc emptori adversus venditorem regressum esse propter evictionem, cum emptor de ea re, quam emit, iudicio victus ob eam caussam, quod res auctoris non erat, quodque per eum rem obtinere non licebat, eam dimittere, eaque cedere coactus est. Sane enim ob id, quod rem amisit, quia aliena erat, eum actionem habere placuit. Sed tunc vere intelligetur, rem habere non posse, cum necessitate iudicii coactus fuerit.

2 Tria † igitur sunt, ut hæc eadem paulo uberius & distinctius explicemus, quæ ante quam de re aliena distracta emptori actio sit adversus venditorem, concurrere oporteat. Unum est, ut res certo emptori ablata sit, ut eam illi habere non liceat. Alterum, ut iudicio ablata sit. Tertium, ut ob eam caussam ablata sit, quod aliena esset, neque eam per venditorem emptori habere liceret. Quarum rerum si una aliqua deerit, actio eo nomine non dabitur. Primum ergo sic † statuatur, quandiu emptor rem possidebit, tandiu emptorem auctorem suum convenire non posse, quamvis res aliena, aut obligata esse dicatur, idque etiam fortasse constet. *L.* 3 3. *C. eod. tit.* Proinde ne lite quidem mota de proprietate rei, venditor ad pretium restituendum conveniri poterit. *L. si prius*, §. *mota*, *hic.* Hoc amplius, etsi iam emptor in evictione rei sententia iudicis victus sit: si quo modo fiet, ut res ei non abducatur, dicemus stipulationem ob evictionem non committi. Finge eum, qui emptorem vicit ante, sine successore decessisse ita, ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi. Finge ab eo, qui vicit, ante quam abduceeretur, donatam, legatamve esse emptori. Quia illi res non evincitur, quam illi habere licet, idque fit sine eius incommodo: nulla eo nomine ob evictionem actio futura est. *L. habere*, 57. *hoc tit.* Multoque magis idem dicendum est, si venditor ad defensionem vocatus, & procurator ab emptore datus victus fuerit, ac litis æstimationem sustulerit, ut res apud emptorem maneret. *L. si servus*, § 1. *hoc tit.* Et tamen in his omnibus constituit, rem alienam venditam fuisse. Sed emptori rem habere licet, quæ ablata non est. Nec † adversatur his, 4 quod Ulpianus in *L. stipulatio ista*. 38. §. 1. & *seq. de verb. obl.* ita scribit: *quatenus*

tenus habere licere videbitur. Si nemo controversiam faciat: hoc est, neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores. Et mox: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel quo alio iure eius, quod distractum est: palam est committi stipulationem.* Non enim toto eo loco Ulpiano propositum est docere, utrum controversia solum mota, an condemnatione tandem secuta, stipulatio rem habere licere committatur: sed illud, quibus personis controversiam moventibus, & quibus rebus petitis committatur. Cum igitur ait, illis controversiam facientibus, & omnibus rebus petitis stipulationem committi, sic intelligendum est: siquidem etiam controversia ad extremum perducta sit, & res evicta. Idque liquido ex eo ipso loco intelligitur. Sic enim scribit: *palam est stipulationem committi, habere enim non licet ei, cui aliquid imminuitur ex iure, quod habuit.* Innuit ergo tunc rem habere non licere, eum ius imminutum esse, quod sententia sit iudicis, non controversia mota. Sed nimirum, ut dixi, hoc agebat, ut cum aliquid iudicio evictum est, ostenderet, nihilne referret, quinam evicissent, & utrum rem totam, an vero partem, atque adeo ius aliquod evi-
5 cissent. Plane si † venditor sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam ante quam res evincatur, emptor utiliter ex empto agere potest in id, quod sua interest, rem suam factam esse: veluti si quos sumptus in lite fecit; si quid propter eam caussam damni passus est: ut enim nihil aliud præstet, dolum certe in omni re debet præstare. *L. sive in libertatem, C. eod. tit. L. servus quem, de act. empt.*

Ad illud redeo: si † rem emptori habere licebit, nulla erit ob evictionem a- 6
ctio. Sed etsi uno iudicio victus sit emptor, puta rei vindicatione, qui quod se dominum putaret, se quoque dominum esse intenderat, Publiciana tamen ei superfit, quæ etiamnum superesse intelligitur: stipulatio non committetur, hactenus enim rem illi habere licet. *L. minor, 39 §. 1. hic.* Et in summa sic cum Paulo recte definiemus: tunc stipulationem committi ob evictionem, cum iam omnis spes habendi abscissa est. *L. evictus, 35. hic.* Quod tamen diximus in totum emptori actionem non esse, si rem illi quocumque modo sine incommodo suo habere licebit, de actione ob evictionem dictum accipiendum est. Cæterum † ex empto actio 7
interdum dabitur. Quod tunc fiet, cum emptori habere licebit, non ob id, quod a venditore tradita erat; sed quod emptori ex nova caussa a domino acquisita est, cum alienam esse constaret: puta, si emptor domino successerit. Quo casu a se quidem ipso rem evincere iam non potest. Sed cum non ideo eam non evincat, quod possidendi caussam a venditore habeat, hanc rem venditori prodesse iniquum est. *L. si vendideris, 9. L. si ei, 41. hoc tit.* Quod si in hac specie recipimus, etiam in illa probandum est, cum res emptori a domino legata, aut donata est. Rem igitur ablatam emptori esse oportet ante, quam illi adversus venditorem actio sit.

C A P. IV.

Ad evictionem oportere rem iudicio avocari.

S U M M A R I A.

1. *Actioni tamquam evicta re locus est dumtaxat, cum res iudicio ab emptore est avocata; non item si alio quocunque modo illi sit adempta vel amissa.*
2. *Si tamen invito emptore res ad dominum eo nomine pervenerit, quod sit aliena, Emptor actionem habet ex vendito.*
5. Si secundus, L. si cum venditor. 66. *exposita*, ibid.
3. *Emptor non continuo lite mota, rem petitori debet restituere, sed vel denuntiare venditori, vel rem iudicio defendere, si apta habeat instrumenta.*

1 NOn est hoc satis. † Iudicio avocari eam oportet. Quod nisi sit, quoquo modo res ablata fuerit, id emptori nocebit, non auctori. *L. non tamen 24. hic.* Sic enim, ut dixi, intelligetur per venditorem fieri, quo minus habere liceat, si necessitate iudicii cogente emptor rem amiserit. Proinde sive vi res adempta sit, sive casu perierit, ad venditorem is casus nihil pertinebit. *L. ult. C. de act. empt.*

L. Lu-

L. Lucius, 11. *L. si servus*. 21. *hic*. *L. si quis tibi*, *C. eod. tit*. Multoque minus, si emptor voluntate sua nemine cogente rem amiserit: puta, si servum manumiserit; *L. 25. hic*. Si fundum emptum rel giosum fieri passus sit; *L. 51. §. si quis locum*, *hic*. Si rem pro derelicto habuerit, quamvis hanc alienam esse probaturus fuerit. *L. ult. eod. tit*. Idemque de eo iudicandum est, qui compromiserit, & sententia arbitrii damnatus rem restituerit: quippe qui ut id faceret, nulla necessitate cogeretur. *L. si dictum*, 56. *§. si compromissero*, *hic*. Merito que his casibus adversus venditorem actio non est: quia etsi res aliena non esset, tamen eodem modo apud emptorem amitteretur.

2 Sed etsi † res non voluntate emptoris ad dominum pervenerit sine iudicio ob id solum, quod aliena esset: actio ob evictionem non erit, nec stipulatio ob evictionem committetur. Verumtamen hoc casu emptor contra venditorem actionem habebit. Finge mulierem, quæ rem alienam emit, dum ei postea nubit, qui eius rei dominus erat, eam rem ignorantem illi dedisse. Maritus quidem suam rem iure suo tenebit, nec mulieri restituet. Sed cum ideo mulier eam amiserit, quia aliena erat: æquum est, illi ob eam rem actionem esse, cui nihil imputari potest, quod dum suam putat, in dotem dederit. *L. non tamen*, 24. *hic*. Idem in hac specie Papinianus respondit. *L. si cum venditor*, 66. *§. si secundus*, *hoc tit*. Secundus emptor venditorem, eundemque, qui prius ab alio venditore emerat, ad litem hominis dedit procuratorem. Hic procurator rem restituere iussus, ne ob evictionem emptori secundo teneretur, servum non restituere statuit: & quia non restituebat, condemnatus, litis æstimationem sufferre maluit. Hic si rem spectes, merx nec a secundo emptore, nec ab eo, qui egit, evicta est: ut dici possit hunc adversus venditorem suum actionem ob evictionem habere, utpote qui rem retinuerit soluta æstimatione. Sed nec ob id habiturus esse videtur, quod litis æstimatio illi abest; tametsi dici soleat, ei rem abesse videri, cui pretium abest. *L. Labeo & Sabinus*. *D. de verb. signif.* Nam pecuniam alieno nomine solvit, qui procurator in litem datus erat, non suo. Et sane ita se res habet, ut iuris subtilitate res evicta non esse intelligatur, nec emptor hoc casu actionem habeat propter evictionem. Sed quia damnum evictionis ad eum pertinet, qui mandati iudicio nihil a suo emptore recuperare potest, ait Papinianus non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agi posse ex vendito.

Secundum hæc † dicendum est, si lis 3 de re moveri cœperit, non continuo emptorem petitori rem restituere debere; sed exspectare, dum sententia iudicis damnatus rem restituat. Idque est, quod multis locis traditum legimus, quamvis aut res mortua sit post litem contestatam, aut ab emptore restitui alii debeat: necessariam tamen esse sententiam propter evictionem. *L. utique de re vind. L. atqui natura §. si cum me, de neg. gest.* Nec quisquam dicat iniquum esse prohiberi emptorem, ne bonam fidem agnoscat. Dominus enim in re sua quidvis pro suo arbitratu recte statuet: & qui in rerum alienarum administratione pro dominis habentur, bonam fidem agnoscere non prohibentur, si rebus manifestis vincantur; ut in tutore pupilli caussam agente constitutum est. Quin etiam hoc illis, ut faciant, uti pro officio, præceptum est. *L. quoties*, *§. sicut*, *de adm. tut*. Emptor qui de re aliena convenitur, cuius periculo res non agitur, sed venditoris, ad quem evictionis incommodum pertinere velit; minime vero, ut vult, de re statuere poterit, sed eam venditoris arbitrio permittere debebit. Alioqui iuste illi culpa obiicietur, quod rem non suam sine caussa non coactus restituerit. Quid ergo? Emptor litigabit, & eum rem habere deberet, lite non necessaria se implicare cogetur? Minime: sed venditori denuntiabit, ut se defendat: quod si facit, ipse omni molestia liberatur. Sin minus, licet illi, cum ea non haberet, quibus caussa instrueretur, nihil addentem pati se condemnari. Nam si rebus necessariis instructus est, nisi rem defendit: actionem adversus venditorem illum habere contra bonam fidem est.

CAP.

C A P. V.

Rem non solum iudicio, sed etiam iure auferri oportere tanquam alienam, aut pignori obligatam, ut sit evictioni locus.

S U M M A R I A.

1. *Si res vendita sit & tradita emptori, & tamen ea conditione sit, ut avocari possit; esse evictæ rei nomine actionem.*
2. *Quin etsi, facta plene accipientis iure civili re vendita, si tamen restitutorio aliquo iudicio avocari potest, est veluti evictæ rei utilis actio: quod illustratur exemplis.*
3. *Si emptoris culpa factum sit, quominus sibi rem habere liceat, nulla erit ei evictionis nomine actio.*
4. *Quot modis iste nomine culpa imputari queat emptori* & n. seq.
5. *Qui motam sibi litem non denuntiat auctori suo, evictione non utitur.*
Auctorem laudare quid sit ibid.
6. *Denuntiare debet præsenti non autem absenti; quis absens aut præsens.*
7. *Ea nihilominus conditione, si potest, vel nisi denuntiatio ei remissa fuerit* & num. 9.
8. *Præsenti quando denuntiatum videatur. Quid si pupillo sine tutoris auctoritate.*
10. *An scienti venditori denuntiare motam sibi litem debeat emptor, & quare.*
11. *Venditori emptor motam sibi litem denuntiare debet saltem ante condemnationem.*
12. *In re autem legata priusquam iudicium accipiatur; & quæ differentiæ ratio.*
13. *Emptor iniuria iudicis victus non habet nomine evictionis actionem.*
14. *Quomodo per iniuriam seu sordes iudicis victum emptorem probare venditor debeat.*
15. *Quare non idem atque in emptore statuatur in fideiussore per iudicis iniuriam victo.*
16. *Adversus quos emptor licet culpa sua, aut iudicis iniuria victus evictionis nomine habeat actionem.*
17. *Summa rerum.*

NE hoc quidem satis, rem iudicio ab
1 invito auferri: hoc † etiam restat, ut ob id evincatur, quod res aliena vendita fuerit, aut pignori obligata: denique quod iam tum in ea caussa fuerit, ut ob eam caussam emptori avocari posset, nec emptori habere liceret. *L. Herennius*, §. 1. *hoc tit.* Quare etsi quis rem suam vendidit, & tradidit emptori: tamen si perfecte rem non fecit accipientis, id est, ea conditione res fuit, ut aliquo modo avocari posset, ea ablata eo nomine, actio erit: puta, si statuliber venditus sit. *L. minor*, §. *qui statuliberum, hic.* Nam hunc interim heredis esse constat. *L. sta-*
2 *tuliberum, de statulib.* Plus † dicimus, etsi iure civili res perfecte accipientis facta est; si tamen restitutorio aliquo iudicio avocetur, actionem ob evictionem fore: non illam quidem directam, quia verum est, dominium aliquando fuisse emptoris; sed utilem, quia vi ipsa id actor assecutus sit impetrando restitutionem, ut rea nunquam emptoris fuisse videretur. Fac igitur minorem, fundum vendidisse Titio, & Titium item Seio. Minorem, quod se in ea venditione circumventum diceret, adversus Seium, qui eum fundum possidebat, impetrasse cognitionem, & restitutum esse. Eidem adversus Titium venditorem utilis ob evictionem actio recte dabitur; tametsi iure civili is dominus effectus fuerit a Titio, qui & ipse a minore effectus erat. *L. minor*, 39. *hic.* Idem de eo emptore Papinianus respondit, in *L. si cum venditor*, §. 1. *hoc tit.* qui rem alienam sibi emptam per absentiam domini, qui Reipublicæ caussa aberat, usucepit, ac domino reverso eam ex restitutione prætoris reddere coactus est. Et e converso de eo, qui ipse cum Reipublicæ caussa abesset, rem emptam usucepit, quam postea domino victus restituit. Sciendum est enim, edicto prætoris, quo maiores restituuntur, provisum esse, ne cuiusquam iusta absentia vel ei prosit, qui abest, vel ei adversus cæteros noceat. Ita cautum est, ut sive per absentiam alterius rem eius usucepisset; sive illius rem alius: & ei, & adversus eum restitutio esset, quasi nec usucaptum foret, quod usucaptum est. *L. 1. ex quib. caus. maio.* In proposita autem specie, emptori, qui rem usuceperat, utilem actionem dat Papinianus evictionis nomine ideo, quia dominium revera emptori per usum quæsitum erat; quo facto desinit venditor emptori de evictione teneri. *L. qui alienam, hic.*

Sed quod diximus actionem ob evictionem tunc esse, cum res ob id evicta est, quod in ea caussa esset, ut avocari posset,
id ita † temperandum est: si modo etiam 3
per emptorem factum non erit, quo minus eam habere ei liceret. Quid enim, si cum posset

posset

posset usucapere possidendo, possessionem
culpa amiserit, atque ita interrupta sit usu-
capio? In ea caussa erit, ut si postea vin-
catur de ea re, adversus venditorem eo
nomine agere non possit. *L. si dictum,*
§. si cum posset, hoc tit. Ex his effici-
tur, ut quæcumque alia caussa fuerit, pro-
pter quam emptor vinceretur, quam quod
malam caussam haberet: id est, quam quod
rei habendæ ac retinendæ caussam a ven-
ditore nullam haberet: venditor illi eo no-
mine non teneatur. Caussa aut in ipso esse
potest, dum eius culpa & vitio factum
est, ut condemnaretur: aut in iudice, qui
in bona caussa contra ius per imperitiam,
vel errorem, vel sordes iudicavit. Quare
recte ita definiemus, quod & quibusdam
rescriptis expressum est: ut *L. 1. C. de*
rer. permu. sive culpa sua emptor, sive
iniuria iudicis victus sit, actionem eum ob
4 evictionem non habere. Culpa † autem
varie emptori imputari potest. Primum
huc culpæ eius assignandum est, si ex pos-
sessore petitor sua culpa factus, victus sit
in ea re, quam si possideret, retinere po-
tuerit adversus eum, qui controversiam
faciebat, nec dominus erat; petere autem
utiliter non potuerit, quia facile probare
non posset, rem fuisse eius, qui vendi-
dit. *L. si rem, 29. §. 1. hic.* Item si cum
venditor admoneret emptorem, ut facilio-
re iudicio ageret, puta Publiciana, aut ea
actione, quæ de fundo vectigali proposi-
ta est: emptor id facere supersederit, &
ideo victus sit. *L. si cum venditor, 66.*
hic. Quid, si ideo contra eum iudicatum
est, quia iudicio non adfuit? Absentiæ
hoc eius non male adscribendum est,
quod victus est: ideo adversus vendito-
rem actionem non habebit ob evictionem.
L. si ideo, 55 hic. L. emptor, C. eo. tit.
Quid, si præsens dum caussam agit, ea
exceptione summotus est, quæ ipsius per-
sonæ obiiceretur, id est, cuius caussam
ipsius factum præbuisset. Finge cum pos-
sessore pactum esse, ne eam rem peteret;
iusiurandum ei detulisse, ut iuraret rem
suam esse, atque illum iurasse; deinde cum
res ab emptore peteretur, eum exceptio-
ne pacti, aut iurisiurandi opposita conde-
mnatum esse? An non in eo culpam esse,
cur victus sit, & ob eam caussam ipsi fa-
ctum suum nocere æquum esse dicemus?
L. hoc iure, 27. cum L. seq. L. Heren-
nius, in fi. hic.

Inprimis vero ab emptore hoc exigitur,
ut eum de re distracta a domino conve-
nitur, venditori denuntiet, ut ad agen-
dam caussam adsit. Sic enim ille admoni-
tus caussæ agendæ, & instruendæ adesse
potest, & rebus necessariis ad sui iuris
probationem allatis efficere, ne emptor
vincatur. Quod nisi fit, si victus est, de
se queri debet, non de venditore. Quam-
obrem sic de hac re ius constitutum est,
ut si per emptorem † stet, quo minus 5
præsenti venditori denuntiet litem sibi
moveri, & ad defendendum adesse iubeat,
actio de evictione ei non detur. *L. si id-*
eo, in fin. hic. L. emptor, L. si contro-
versia, L. si cum quæstio, L. si paren-
tes, C. eod. tit. Hoc autem veteres au-
ctorem laudare dixerunt. *L. Herennius,*
hic. L. auctore. C. eod. Auctorem enim
appellamus venditorem, & generaliter,
quisquis est, a quo rem ex venditione,
donatione, permutatione, aut alia qua iu-
sta caussa nobis traditam accepimus, qui
nobis habendi scilicet, & possidendi caus-
sam & initium dedit; denique qui cur
rem haberemus, nobis auctor est. *L. apud*
Celsum, §. de auctoris, & §. auctoris,
de dol. mal. exc. Laudare vero, veteri-
bus dictum est idem, quod nominare &
citare, ut testatur Agellius *Lib. 2 Noct.*
Att. Cap. 6. & Macrobius *Lib 6. Cap. 7.*
Animadvertendum est autem id † exigi, 6
ut præsenti tantum denuntietur. Absen-
tem requirere nihil necesse est. *d. L. si*
ideo, in fin. hic. Præsentem accipimus
eum, qui in continentibus ædificiis est;
quemadmodum absentem, qui extra con-
tinentia urbis est. *L. absentem, de verb.*
sig. Sed etsi præsens sit venditor, denun-
tiare ei debet emptor, † siquidem potest. 7
Si per eum non fiat, quo minus ei de-
nuntietur, stipulatio committetur. Quid
enim, si curavit venditor, ne sibi denun-
tiari posset, aut venditore nihil faciente,
emptor cognoscere ubi esset, non potuit.
d. L. si ideo, L. si dictum, §. si præ-
sente: hoc tit. Præsenti † denuntiatum 8
videbitur, sive ipsi venditori, qui de evi-
ctione promisit, sive eo præsente nec igno-
rante, procuratori eius denuntiatum est.
An pupillo denuntiari posset, etiam sine
tutoris auctoritate, cum forte tutor abest,
quæsitum est. Et hoc quoque benignius
receptum esse Trebatius ait. *L. si dictum,*
§ si præsente, & §. ult. hic. Plane si
emptori † remissa sit pacto denuntiandi 9
necessitas: nihil oberit ex empto agenti,
quod denuntiatio pro evictione interpo-
sita non erit. *L. Herennius, hic.* Dubi-
tari potest, an † nihil obsit etiam ei non 10
denuntiari, qui litem moveri emptori non
ignorat. Dici enim solet, non esse cer-
tiorandos eos, qui non ignorant, quia sit
supervacuum. *L. 1. de act. empt.* Sed in
medio sunt innumera rescripta sub eodem

titulo

titulo *C. L. emptor*, *L. si parentes*, & *alia multa*, quibus districte hoc edicitur, ut venditori denuntietur: alioqui fore, ut emptor actionem non habeat: ut dicendum sit, etiam scienti denuntiari oportere. Et merito. Nam si id agatur, nt is, qui ignorat, fit sciens, ne decipiatur: tunc sane recte dicetur, supervacuum esse monere eum, qui sciat. At cum denuntiatio ideo exigitur, nt ipse emptor quid velit secum agi, quid a venditore sibi præstari, declaret, ut in hac re accidit: sine dubio & adversus eum, qui sciat litem moveri, denuntiatio necessaria est. Alioqui qui scire potest venditor, an emptor velit caussam a se suscipi, nisi de eo appelletur? Non enim profecto in re aliena debuit esse curiosus. *L. doli, in fin. de novat.*

Cum venditori denuntiandum sit, quan-
11 do † denuntiari debeat, videamus. Utrum
cum primum id facere potuit, & lis ei
mota est, & denuntiare debuit, an aliquando ante sententiam id facere satis est? Et Pomponius in *L. si rem*, 29. §. ult. *quolibet tempore venditori denuntiari posse* ait, *ut de re agenda adsit, quia non præfiniatur certum tempus in ea re, dum tamen ne prope condemnationem id fiat.* Ne prope condemnationem venditori denuntietur, exigit, ut possit venditori admonito spatium esse ad eas res comparandas, quæ ad caussam agendam opus sunt. Et generaliter hoc exigendum est, ut tunc venditori denuntietur, cum illi adhuc integrum esse possit, rem agere. Cæterum si tunc denuntiabitur, cum angustiis iudicii districtus non poterit rei in tempore subvenire, emptoris culpa est, nec stipulatio de evictione committetur. Huc pertinet, quod Paulus in *L. si fundo*, 53. §. *ult. hoc tit.* ita scribit: *si cum posset emptor auctori denuntiare, non denuntiasset, ideoque victus fuisset, quoniam parum instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse, & ex stipulatu agere
12 non potest*. Labeo tamen auctor est, † si
homine generaliter legato Stichus legatario ab herede solutus evictus sit, omnino sic habiturum legatarium ex testamento actionem adversus heredem re evicta, si ante denuntiarit heredi, quam iudicium acciperetur. Si aliter fecerit, ex testamento agenti ob statutam doli mali exceptionem. *L. qui concubinam*, 29. §. *pen. de leg.* 3. Sic exigere videtur, non ut quolibet tempore re integra venditori denuntietur, sed ut ante quam iudicinm accipiatur. Sed hoc scripsit. Labeo de re legata, idest, ea, quæ ex lucrativa caussa tradita est. Bene autem, mea sententia, qui putant aliud in emptione onerosa caussa, alud in lucrativa iuris esse. Nam in venditione nihilominus emptoris res agitur, & incommodum propter pecuniam, quæ illi abest, quam ipsius venditoris. Proinde & caussam recte ipse agere potest: & venditori, ad quam ea res pertinet, satis esse debet, si tempus habeat, intra quod ipse ad suam cautionem defensiones suas, si quas habet, aut instrumenta afferat. Nam hoc si fit, nihil est quod de emptore, qui interim caussam suam egit, queri posse videatur. At vero re legata, cum solius heredis in evictione periculum agatur, legatarii nullum, quamvis sua culpa vincatur: æquum est, ut aliam rem pro ea, quæ evicta est, heres præstare cogatur, rem totam illius arbitrio a principio permitti, ut totius rei actio illius sit, cuius & periculum est.

Ut si culpa sua emptor vincatur, actio-
nem ob evictionem non habet: ita † nec 13
si iniurla iudicis victus fuerit habltorus
est. Siquidem iniuria iudicis hoc maxime declarat, emptorem bonam caussam habuisse, qui contra ius condemnatus sit: veluti si præscriptione longi temporis tutus emptor, aut transactione, quam in eadem re aliquando cum petitore vel ipse, vel auctor eius interposuerat (nam emptorem tam suis, quam venditoris defensionibus uti posse certum est) *L. emptori, C. eod. tit.* eam in iudicio opposuerit: iudex autem cum harum exceptionum rationem in primis habere deberet, nullam habuerit. Nec referre Ulpianus putat, utrum per errorem, & imprudentiam iudicis, ac stultitiam victus sit emptor, quo tempore tamen iudex facere iniuriam non cogitabat; an vero per sordes & avaritiam, cum pecunia corruptus iudex sciens prudens contra emptorem male iudicat. Omnino enim, inquit, *iniuria, quæ emptori fit, auctorem contingere non debet*. L. si per imprudentiam,
51. *hoc tit.* Quid ergo, quæret aliquis, † 14
venditor, qui dicet emptorem iniuria iudicis victum, eoque se non teneri: probare debebit imperitum fuisse iudicem, aut pecunia, vel gratia, vel odio corruptum? quarum rerum obscura sane, & periculi plena probatio est. Minime vero harum rerum probationem suscipere necesse est. Satis erit ex actis ostendere, cum exempli gratia, exceptio iusta opposita fuisset, vel id esset allatum, quod ad defensionem, vel iuris sui confirmationem satis esset, iudicem eius rei rationem nullam habuisse. Necesse est enim, qui id fecerit, intelligatur vel ob id fecisse, quia nesci-

nesciret illa obiecta esse, nec instrumenta litis cognovisset, vel quia esset imperitus iuris, qui putaret exceptionem nihil ad rem pertinere: vel si sciret, quid in iure esset, aut pecunia corruptus, aut ambitione, aut alia quavis animi perturbatione incitatus contra ius iudicaverit. Aliquam autem caussam probari nihil necesse est, cum aliquam subesse oporteat; nihil autem referat, quænam ea sit, dum id constet, iudicem iniuste iudicavisse, & iniuriam emptori fecisse.

Sed cum statuamus, si per iniuriam iudicis emptor victus sit, hoc illi nocere, non venditori, quamvis caussam iniustæ condemnationis nullam dederit (nam quod iudex imperitus fuit, quod pecunia corruptus, quæ in eo emptoris culpa esse po-
15 test?) oritur hoc loco † ex adverso quæstio, cur diversum in fideiussore condemnato probemus; de quo Paulus scribit, si is exceptione, quæ illi prodesse debebat, usus, iniuria iudicis condemnatus sit: iniuriam quidem, quæ illi facta est, apud eum manere debere, si ipse iniustæ condemnationis caussam præbuerit. Enimvero si nullam præbuit, manere non debere, & nihilominus adversus debitorem regressum habere. *L. exceptione de fideiuss.* Sed in promptu differentiæ ratio est. Emptione namque & venditione contracta, incipit emptoris principaliter res agi, ad quem ut commodum omne rei: sic periculum, & casus omnis pertinet. *L. necessario. de peric. & com. rei vend. §. cum autem de empt. & vend.* cuius generis est hoc, quod a iudice nunc contigit. Fideiussor autem alienum negotium tantum gerit, non suum, idque officii caussa: neque porro debet illi officium suum, qua in re culpa eius absit, esse damnosum. *L. si servus. §. quod vero ad. de furt. L. sed si quis. quemad. test. aper.*

16 Non tamen per omnia verum † est, eum, qui culpa sua, aut iniuria iudicis superatus est, actionem adversus venditorem non habere. Hoc enim receptum non est adversus eum venditorem, qui ipse rem evicit, & cæteros omnes, qui in ea caussa sunt, ut avocare rem ab emptore non debuerint. Quod quo facilius intelligatur, sciendum est quosdam esse, qui rem ab emptore vindicare non possint: hi sunt autem, quicumque re ab aliis evicta tenentur; quo in numero sunt venditor, venditoris heredes, & si qui sunt fideiussores evictionis. Hi enim sunt, qui habere licere emptori præstare debent. Improbe igitur faciant, si eum oppugnent, quem soli maxime tueri debuerunt, eoque fit etiam, ut si vindicent, exceptione doli mali summoveantur. *L. vindicantem, 17. L. Seia. 73. hic. L. sive possessio, L. exceptione, C. eod. titu.* quæ tituli sequentis prope una summa est. Verumtamen fingamus venditorem (quod de venditore dico, idem in cæteris intelligi volo) cum rem alienam vendidisset, dominio sibi postea quæsito, rem vindicasse ab emptore, aut eius heredes; emptorem aut exceptione doli omissa, aut cum opposita esset, per iniuriam iudicis victum rem restituisse. Quæstionis erit, an hoc casu actionem ex empto, vel ex duplæ stipulatione adversus venditorem exercere possit. Nam in hac caussa alterutrum illi obstat ex iis, quæ efficiunt, ut stipulatio evictionis cæteris emptoribus victis non committatur. Si exceptio doli ab illo opposita non est: per eum factum est, ut vinceretur, qui si exceptionem opposuisset, venditorem summoveret. Rursum si eam opposuit, ac victus est: iniuria illi a iudice facta est. Nam hac exceptione opposita, si vera esset, venditor audiri non debuit. Ita hac quoque de caussa regressum ad venditorem non habebit, quia iniuria illi facta est. Sed, ut dixi, non impedietur in hac caussa emptor his exceptionibus, quo minus venditor vel ex empto, vel ex duplæ stipulatione possit conveniri: *d. L. vindicantem, cum duab. LL. seq. hic.* optima ratione. Improbe enim causabitur venditor emptorem, aut negligentia sua aut iniuria iudicis victum fuisse, cum ipse ut emptor ita condemnaretur, perfecerit: ac per summam iniuriam id quidem, cum illum defendere deberet potius, quam ab illo rem avocare. Et recte definiemus, neminem ad retentionem alicuius rei audiendum esse, exceptione doli sui utentem, aut eius facti, quod se iniuria admisisse fateatur. Arg. *L. si servus plurium, 50. §. 1. de leg.* 1. Quare si exceptione culpæ emptoris, aut iniuriæ iudicis venditor utetur, exceptio hæc doli mali replicatione eliditur. In cæteris dominis, qui rem evicerint, hoc ius valebit: ut sive quid emptori imputari possit, cur victus sit, sive iniuriæ iudicis adscribi, ut intelligi posset ideo illum victum non esse, quod malam caussam haberet: evictio illi non præstetur.

Sed iam hic † locus de evictione no- 17
bis complectendus est. Sive igitur emptori nondum res abducta est: sive iam abducta est, non tamen ulla iudicii necessitate: sive iudicio est ablata, sed non

eo,

eo, quod res aliena esset; res evicta non videbitur, ut eo nomine actio emptori esse possit, quod quærimus. Tunc evicta intelligetur, eoque nomine actio illi fuerit propter evictionem, cum iudicio victus ob id, quod rem per venditorem tenere non liceret, ea re cedere coactus est.

C A P. VI.

Parte rei evicta etiam actionem esse ob evictionem: quæ hic partes intelligendæ sint: & quatenus eo nomine actio.

S U M M A R I A.

1. *Non modo evicta re tota, sed & parte rei regressum esse adversus venditorem.*
2. *Cur aliter in servo.*
3. *De singulis rebus ex hereditate vel peculio evictis nulla præstatur eo nomine actio & quare.*
4. *Evictis maioribus domus aut navis partibus præstatur eius nominis actio, sed non pro singulis cæmentis, aut tabulis datur actio; & quæ differentiæ ratio.*
5. *Si fundus aut ancilla una cum fructibus & ancillæ partu evincatur, præstatur evictio & quare.*
6. *Quod emptioni accessit, partem esse venditionis, præstarique de eo evictionem in simplum dumtaxat.*
7. *De usufructu atque usu, omnique iure rei evicto licet partem rei non efficiant, esse tamen eo nomine actionem, & quare*
8. *Servitutis prædiorum nomine actio ob evictionem non præstatur, nisi fundus uti liber,* vel uti optimus maximusque esset, *traditus sit.*
9. *Cur diverso iure sunt personarum servitutes,* & num. 16.
10. *Contrariis occurritur* & num. 11.
12. *Res quæ universitatis nomine continentur, sive quæ ex distantibus corporibus constant, quod attinet ad evictionem, nullas habent partes.*
13. *Partis venditæ rei definitio.*
14. *Quid sit pars corporis eius quod uno spiritu continetur.*
15. *Quæ sint domus aut navis partes.*

HOc quæritur, an non solum re tota evicta regressus sit emptori adversus venditorem, sed etiam si pars tantum evincatur. Quod ipsum quoque ante constituendum videtur, quam quæ evictionis nomine actio sit, consideremus. Hoc Ul-
1 pianus † ita definit in L. 1. hoc titulo: *Sive tota res*, inquit, *evincatur*, *sive pars*, *habet regressum emptor ad venditorem*. In quo dubitari non debet, quin cum ille generaliter definierit, id sentire intelligatur, regressum fore quavis actione, quæ nascatur propter evictionem, ut non tantum ex empto sit actio, sed etiam eo casu duplæ stipulatio committatur. Quod si cui dubium id est (nam fuerunt, qui in eius loci explicatione negarent) certo colligi potest ex his verbis Iuliani: *Vaccæ emptor*, inquit, *si vitulus*, *qui post emptionem natus est*, *evincatur*, *agere ex duplæ stipulatione non potest: quia nec ipsa*, *nec ususfructus eius evincitur*. L. vaccæ. 43. *hoc titu.* Quibus verbis innuit, si ususfructus evincatur, nempe rei venditæ pars (totum enim non esse constat) ex duplæ stipulatione agi posse. Idem non minus aperte significat Ulpianus, in *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *de verb. obli.* cum ait, *stipulationem hanc*, *habere licere*, *tum committi*, *cum ususfructus*, *aut usus evictus est*. *Neque enim videri habere licere ei*, *cui aliquid imminuitur ex iure suo*. Nam in hac re audiendi non sunt, qui dicunt illam stipulationem habere licere, esse eius, quod interest; stipulationem duplæ non esse. Quasi vero dupla non repromittatur hac conditione, si emptori habere non licebit, eademque conditione eveniente non committatur. Quod ex infinitis locis huius tituli sciri potest. *L.* 21. § 1. *L.* 25. *L.* 34 § 1. *L.* 57. *hic*. Quare si verum est, ei habere rem non licere, cui totam habere non licet: consequitur, ut parte quoque evicta duplæ stipulatio committatur. Sed hoc † in homine vendito locum non ha- 2
bet: ut intelligere debuerint hi, qui contra sentiunt, cum hoc in homine excipiatur, in cæteris rebus caussam diversam esse, Paulus; in *stipulatione*, inquit, *duplæ*, *cum homo venditur*, *partis adiectio necessaria est: quia non potest videri homo evictus*, *cum pars eius evicta est*. L. si dictum. 56. §. *in stipulatione*, *hic*. Si de cæteris omnibus rebus idem ius esset, satis erat dicere, in stipulatione duplæ partis adiectio necessaria est. Nunc autem nominatim adiecit, cum homo venditur.

ditur. Cur ergo in homine secus, quam in aliis rebus, iis præsertim, quæ uno spiritu continentur, ut cæteris omnibus animantibus, quæ nihilo secius, quam homo sine interitu corporis dividi non possunt? Et recte, meo iudicio, Bartolus reddidit huius rei rationem, in ea *L. 1.* Est enim in servo nobis cum alio communi, quod per eum in totum nobis acquiratur sic, quasi totus noster sit; ut his quidem casibus non recte dicatur, ne pars quidem evicta: certe perinde habeatur, quasi nec evicta sit. Acquirit enim nobis in solidum, si ex re nostra, si nostro iussu aliquid acquisierit: si eo animo, ut solis nobis acquireret. *L. servus communis, de stipul. serv.* Quod similiter in cæteris rebus dici non potest.

Hoc posito non solum re tota, sed etiam parte evicta regressum esse ad venditorem: quæ res vendita sit, & in re vendita quid partem efficiat, cognoscendum est. Hinc illæ quæstiones, an hereditate vendita, si quid ex his rebus, quæ ex bonis erant, evictum sit, venditor conveniri possit. Quæ quæstio in eo est, an id fuerit ex hereditate. Item an nave, aut domo empta, singulis cæmentis, vel tabulis evictis, evictionis nomine obligetur venditor, scilicet quasi evicta parte. Num idem dicendum sit, re vendita ac deinde evicto partu, aut fructu eius rei. An idem de eo, quod in venditione accessit, quasi pars sit quoque venditionis. Postremo an usufructu & iure rei evicto, hæc quoque in parte rei venditæ numerare debeamus. De quibus singulis responsa exstant sub hoc titulo ad superiorem illam definitionem pertinentia. De his breviter dicendum est. Si † hæreditas vendita sit, &
3 aliquid quod hereditarium putetur, evictum fuerit: evictio emptori non præstabitur. Nam neque id hereditarium erat, quod alienum esse apparuit. Nisi vero emptor fortasse probare velit, rem fuisse hereditariam. In quo nihil aliud dicere intelligetur, nisi sibi a iudice iniuriam esse factam. Quam ob caussam etiam actio non dabitur. *L. 1. C. eod. tit.* Idem in peculio vendito dicemus, si quid postea evictum sit, quod ex eo peculio putaretur. Idem in omni alia universitate, quæ distracta sit. *L. 4. hoc tit.*

4 Nave † autem aut domo empta, singula cæmenta, aut tabulæ emptæ non intelliguntur. *L. nave, hic.* Neque enim cæmenta ædium pars sunt, nec singulæ tabulæ pars navis, ut eleganter alibi Labeolenus disputat. *L. cum qui ædes, de usuc.* Non quod cæmentis non constent ædes tanquam materia: sed aliæ sunt partes materiales, aliæ quas integrales vulgo dicimus, totius iam corporis constituti partes. Materia singularum domus partium pars est: domus totius, quatenus domus est, pars non est. Fundamentum autem, parietes, tectum, hæ veræ & solæ domus sunt partes: quæ integrales dicuntur, quia integri corporis, etiam constituti partes sunt, aut eiusmodi, quæ corpus integrum faciant, & constituant. Inde autem illius totius partes esse facile probari potest. Quod si totum suarum partium est totum, & partes totius partes: his partibus inter se connexis, & coniunctis, necesse est totum illud exsistere suo nomine, quod si iam constitutum esset, easdem illas haberet necessario. Fundamentum enim loca, adde parietes, tectum impone: ædes effeceris. Cum si singula cæmenta, quæcunque sunt in aliquo loco, si calcem & arenam in unum locum congesseris, ac coagmentaris: non tamen efficiatur domus, sed pyramis, aut moles, & congeries aliqua lapidum. Ex quo intelligitur, hæc per se singula domus, quatenus domus est, partes non esse. Sic in nave, singulæ tabulæ navis, quatenus navis est, partes non sunt, quia possunt coniunctæ inter se aliud totum efficere. At illæ sunt, quæ coniunctæ integram efficiunt navem, prora, puppis, sentina, antennæ, malus, vela, gubernacula, quæ constituta nave vere dicuntur navis partes: quia non quatenus ligna sunt, aut lintea, pars sunt navis; sed quatenus eum usum præbent, ad quem navis reperta est. Proinde his evictis, sicut & in domo partibus maioribus, ex quibus domus constat, actio evictionis nomine dabitur, tanquam parte evicta. *L. Scapham, hic. L. eum, qui ædes, de usucap.* Singulis cæmentis, aut tabulis evictis, non dabitur. *d. L. nave.*

De partu ancillæ, pecorum fœtu, & generaliter de fructu venditæ rei facile iudicium est, non esse hæc rei venditæ partem, cum hæc ab ea re, quæ vendita est, separata sint. Quæ si pars essent, fieri non posset, quin eodem corpore continerentur. *L. si prægnans, L. vaccæ, seq. hic.* Unde de fructibus perceptis, & partu edito loqui nos apparet. Nam fœtus quandiu visceribus continetur, pars viscerum matris dicitur, *L. 1. §. 1. de vent. in spic.* & fructus pendentes pars fundi. *L. fructus de rei vind.* Plane † 5
si fundus evincatur, & una cum fundo fructus, aut ancilla, & una cum ea ancillæ partus, earum quoque rerum evi-

ctio

ctio præstabitur: *L. venditor*, 8. *L. evi-
cta*. 16. *hic*, non quia venditæ rei pars
sint, sed quod re evicta, id quod interest
rem evictam non esse, præstandum est:
quo id continetur, quod emptor si res e-
victa non esset, habere & lucrari potuis-
set. De iis, quæ nominatim emptioni ac-
6 cesserunt, regula veterum † tenenda est,
quod emptioni accessit, venditionis par-
tem esse. *L. quod si nolit*, §. *ult. cum
L. seq. de ædili. edict.* Proinde eo evi-
cto erit ob evictionem actio, non ex sti-
pulatione duplæ in duplum, sed in sim-
plum tantum, idest, id quod interest, si
agetur ex empto: aut simplum id, quan-
to propter eam rem res principalis pluris
vendita est, si ex stipulatione duplæ aut
simplæ agatur. *d. L.* 16. *hic*. *L. ex em-
pto*, §. *si quis rem*, *de act. empt.* De
usufructu, omnique iure rei videndum
7 est. Et quidem † usumfructum non esse
eiusdem corporis partem constat, cum
ipsum per se incorporale sit, res vero ven-
dita corporalis. Sed tamen hoc evicto
actionem placet ob evictionem compete-
re, ac proinde cum is petitur, venditori
denuntiari debere, ut ad defendendum
adsit, non aliter, quam ei, a quo pars
petitur. *L. fundum*. 46. *L. vaccæ*. 43.
L. si ab emptore. 49. *hic*. Idemque de
usu, omnique alio simili iure Ulpianus
probat. Verum enim esse, ei rem habere
non licere, cui aliquid imminuitor ex iure
suo. *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*,
de verb. obl. Quid ergo, hæc repugnan-
te natura partem rei esse dicimus? Mini-
me. Sed ut partem rei non esse constat,
ita iuris rei, & emolumenti partem con-
tinere certum est. Inde fit, ut res ei da-
ta non videatur, neque ita tradita, ut
eam habere liceat, cui usufructus non
datur. *L. Mævius*, §. *ult. L. cum filius*,
§. *dominus*, *de legat.* 2. *L.* 4. *de usu-
fru.* Et sane dominium non in eo tantum
est, ut rem persequi & tenere liceat: hu-
ius multo maxima vis & pars in eo est,
ut liceat re frui: quod si absit, nihil sa-
ne admodum expediat rem habere. Iam
vero venditor cum rem vendit, non te-
netur in id quidem, ut dominium trans-
ferat: *L. ex empto*, *de action. emption.*
Sed tamen id præstare debet, ut rem pro
domino habere liceat, ut ad plenam do-
minii utilitatem nihil desit: unde & evi-
ctionem præstat. *L.* 2. §. *ult. cum L.
seq. de action. emption.* Quo fit, ut cum
usufructus evincetur, eius emolumenti
pars evinci intelligatur, quod venditum
est; certe quod ex emptione tradi de-
buit: & quod ad rem pertinet, rem ei
habere non liceat, ut Ulpianus scribit,
cui in totum habere non detur.

Sed hæc de servitutibus personarum
ita sunt. *Quod ad † servitutes prædio- 8
rum attinet, si tacite secutæ sint, &
vindicentur ab alio, Q. Mutius, & Sa-
binus existimant, venditorem ob evictio-
nem non teneri. Neque enim evictionis
nomine quemquam teneri in eo iure, quod
tacite soleat accedere. L. pen. hic.* Quo-
rum verborum hic est sensus: evictionis
nomine quemquam non teneri in eo iure,
cum quo rem liceat tradere venditori sine
periculo, si nihil aliud dictum sit. Id au-
tem in servitute licere. Nam si fundum
tibi vendiderim, neque dictum sit, libe-
rum fore, aut *uti optimus*, *maximusque
est*, traditus fuerit: non necesse est libe-
rum tradere, sed qualis est, talem præ-
stare oportet, ut iidem auctores sunt.
d. L. pen. hic. L. cum venderes, *de con-
trah. empt.* Est igitur de evictione eius
iuris hæc illorum ratio: Si dictum non
est, fundum liberum fore, liberum tra-
dere non necesse est: ergo nec libertatis
imminutione evicta venditor tenebitur.
Ideo enim ob evictionem rei venditæ te-
netur venditor, quia eam a principio tra-
dere debuit. Quæ igitur inter † hæc dif- 9
ferentia est? Nam prædiorum iura servi-
tutes sunt, æque atque usufructus, usus,
& habitatio. Hæc vero differentia est.
Cuius enim ædes vicino prædio servitu-
tem debent, ei de iure domini nihil im-
minuitur, neque ad persecutionem, ne-
que ad utendi fruendi facultatem. Neque
enim quidquam vicinus, qui servitute uti-
tur, de re aut fructu ad se avocat, quod
nomine fundi servientis habere non li-
ceat. Nec si illi ire agere licet, id mi-
nus domino licet facere. Quod in usu-
fructu, & usu, & habitatione secus fit.
Sic enim fructuarius utitur, ut id emolu-
mentum quod ad se transfert, domino
auferatur. Unde evenit, ut hoc modo
rem ei habere pleno iure non liceat.

Sed suprascriptæ sententiæ de prædio-
rum servitutibus † quædam opponuntur. 10
Negamus ob evictionem servitutis vendi-
torem teneri? Ulpianus in *L. stipulatio
ista*, §. *si quis forte*, *de verb. obl.* non
de usufructu tantum & usu, sed de omni
reliquo iure eius, quod distractum est, ita
scribit: *Si quis forte non de proprietate,
sed de possessione controversiam fecerit,
vel de usufructu, vel de usu, vel de
quo alio iure eius, quod distractum est:
palam est committi stipulationem: habere
enim non licet ei, cui aliquid imminui-
tur ex iure, quod habuit.* Atqui ius esse
eius

eius, quod distractum est, servitutem prædii, negari non potest. Iam cum fundus venditur, nisi *uti optimus maximusque est*, traditus sit, non necesse esse liberum tradere dicimus. Ulpianus contra in *L. quoties* 61. *de ædil. edict.* ita scribit: *Quoties de servitute agitur* (*agitur* autem, sic accipe, adversus venditorem ob evictam servitutem, ut sequentia declarant) *victus tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam*. Sed ad id, quod de omni iure rei distractæ Ulpianus scribit, sic recte videtur responderi posse dupliciter. Primum hoc modo. Quod ait, stipulationem *habere licere*, committi, si quis de usufructu, aut de quo alio iure eius, quod distractum est, controversiam fecerit: de quo alio iure rem habendi scilicet intelligendum est. De proprietate enim & possessione, & usufructu, & usu dixerat, quibus omnibus fit, ut res habeatur. Ita quod de alio iure subiicit, de iure simplici accipiendum est, per quod res habeatur. Non sunt autem servitutes huiusmodi, ut si in re insint, eo minus rem habere liceat, ut ante ostendi. Potest & hoc modo accipi: ut sit de quo alio iure, nempe quod emptor in re vendita habere debeat, & venditor tradere. Ait enim Ulpianus rationem postea reddens, *habere non licere ei, cui aliquid imminuitur ex iure, quod habuit*. Recte, *quod habuit*. At profecto si quod eiusmodi est, quod venditor tradere non debuerit, si non tradiderit, nihil videtur emptori imminutum ex eo iure, quod habuit. Id enim nec habuit, nec habere debuit. Huius autem generis est libertas fundi, quam tradere venditor non debet, si liber non fuit: neque ita traditus est, *uti optimus, maximusque est*.
11 De actione † quanto minoris quod scribit, ita accipiendum est. Servitute evicta condemnari venditorem ait, *quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam*. Sed addit, condemnationem hanc fieri, cum *de servitute agitur*. At sciendum est iure duobus tantum casibus de servitute evicta agi, ut recte Franciscus Duarenus noster ad priorem illum Ulpiani locum sub titulo *de verb. obligat.* annotavit, quod alios fefellit. Uno, si venditor servitutem prædio impositam scivit, & emptorem celavit, quo casu in id quod interest, venditor emptori tenetur. *L.* 1. *de act. empt.* Altero, si fundum liberum esse dixerit, & ita *uti optimus, maximusque est*, tradiderit. *L. pen. hic.* Ubi dumtaxat in id quanto minoris emptor emisset, agitur, idque ex illis verbis edicti ædilicii: *Quod si mancipium adversus ea venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit*. Quo solum edicto hæc actio constituta est ex iis caussis, quæ illo edicto comprehensæ sunt. Alia iure civili nulla est, ut sub eo titulo ostendimus. Ex eo autem una hæc caussa est, cur agi possit: si quid dictum est, fundum liberum traditum iri, & contra factum est. Si igitur de eo nihil ab ignorante dictum est, relinquitur nullam esse caussam, propter quam agi debeat. Nisi forte quis putat fundum, qui servitutem debet, morbosum aut vitiosum dici posse, quod ridiculum est. At enim si ob id venditor, quod servitutem celavit, cum sciret, in id quod interest, condemnatur, cur ita Ulpianus definit: quoties de servitute agitur, victum tantum præstare debere, quanto minoris emptor emisset, cum ultra interdum damnetur? Et recte defendetur, eum qui dicat venditorem quoties de servitute agitur, semper præstare debere, quanto minoris res empta esset, non negare, quin aliquid amplius præstetur. Illud enim semper præstabit, hoc interdum. Sed ad rem.

Servitutes prædiorum si evincantur ab emptore: hic adversus venditorem, qui emptorem non deceperit, nec de servitute affirmarit, regressum non habet: quia nec rei venditæ, nec emolumenti partem continent. Possumusne igitur, quid sit pars
definire? Sic videmur. Primum † constat, 12
quod rei venditæ non cohæret, id eius rei partem non esse, etiamsi aut inde natum sit, aut ad eam rem pertineat. Itaque scapham non esse navis partem, veteres responderunt, quæ per se parva navis esset, nec quidquam coniunctum cum nave haberet. *L. scapham, hic*. Et partus, fructusque ex re editos in eadem caussa esse diximus. Ex quo & de iis corporibus, quæ ex rebus distantibus constant, ut grege, facile iudicari potest. Nam cum grex venditur, uno nomine collectim singula corpora vendi intelliguntur, quæ sunt gregis: cum quibus nihil coniunctum habent cætera, si quæ sunt, quæ, cum aliena essent, sub eo tamen grege habebantur. Unde fit, ut si evincantur, nihil de grege evinci intelligatur. Idemque de hereditate vendita, aut peculio, omnique alia universitate iudicandum est. Rem igi-
tur † coniunctam & cohærentem esse o- 13
portet, denique eiusmodi, ex qua res vendita constat. Nondum tamen satis. Nam præter illud genus corporum, quæ ex plu-

ribus

ribus rebus inter se distantibus constant: etiam alia duo sunt genera, de quibus Pomponius agit in *L. rerum, de usucap.*
14 Unum † eiusmodi, quod continetur uno spiritu, ut homo, bos, lignum, lapis. Alterum, quod ex pluribus rebus inter se cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium: in quibus res coniunctæ inter se & cohærentes sunt. De iis quidem, quæ uno spiritu continentur, recte definiemus: quidquid eius corporis est; quidquid, ex quo id corpus constat, id illius corporis partem esse. Quæ autem ex diversis rebus inter se cohærentibus constant: in iis non statim ex quo ea corpora coagmentata sunt, id eorum corporum partem facit. Nam neque cæmenta, aut lapides pars sunt domus, neque tabulæ pars navis. Quid ergo est? Illæ † 15
partes horum corporum dicendæ sunt, ex quibus coniunctis efficitur, ut illa existant, atque ita nominentur. Exempli gratia, Partes domus sunt, quæ coniunctæ faciunt, ut id totum, quod inde extitit, domus appelletur. Navis eodem modo. Itaque his evictis, ut parte evicta, emptor ad venditorem regressum habebit. Sed est in re vendita, quod præter rem tradi debeat. Idest ius rem pro domino habendi, tenendique. Huius † iuris pars 16
si quæ evincatur, necesse est etiam ob eam caussam actionem esse de evictione adversus venditorem. In hoc numero proprietas habetur, possessio, ususfructus, usus & habitatio, quæ emolumentum rei continent.

C A P. VII.

Quæ actiones sint evictionis nomine, & quid his contineatur.

S U M M A R I A.

1. *Actio evictionis nomine duplex & quæ.*
2. *Actio ex empto quid persequutur.*
3. *Nomine eius quod interest quid hæc actio amplectutur, non una specie explicatur.*
4. *Actio hæc Emptori competit.*
   5. *Num & uxori ablato per hoc iudicium non sibi, sed marito fundo quem emptum dederat ei in dotem.*
   6. *Num & patri evicta simili modo dote filiæ.*
7. *Qui emptam rem donavit alteri cui sit evicta, non potest evictionis nomine convenire venditorem; & quid ita.*
8. *Competit hæc actio adversus venditorem.*
9. *Quis vendidisse dicatur: hoc quale sit duplici proposita specie declaratur.*
10. *Item competit adversus venditoris heredes.*
11. *Duplæ stipulatio quid commune habeat, quid proprium cum actione ex empto.*
12. *Dupli ratio ex pretio dicto æstimatur.*
13. *Evicta rei parte in quam pretium nullum dictum est, quando pro rei quantitate & modo, & quando pro rei bonitate aut vilitate fiat æstimatio.*
14. *Quo ex tempore ineunda æstimationis ratio in stipulatione duplæ.*
15. *Quid diversum obtineat in actione ex empto &* num. 2.
16. *Stipulatio dupli aut simpli, quotiescunque promissa est, peti iudicio poterit, & non alius.*
17. *Quod stipulationis dupli vel simpli commodum atque usus &* n. 22.
18. *Quæstio, eiusque duplex species proposita.*
19. *Superioris quæstionis hæc definitio: fundi parte evicta pro indiviso, nihil amplius evictionis nomine præstandum, quum quod evictum est ex eo quod fuerat antea venditum.*
20. L. ex mille 64. D. hoc tit. *interpretatio, per tot.*
21. *Si totus fundus, quem flumen antea deminuerat, evincatur: fundi integri qualis in venditione fuerat evictio præstatur; & quæ hic* in toto *diversitatis ratio.*
23. *Fundi venditi & deinde aucti per alluvionem parte pro indiviso evicta, fundi tantum venditi non aucti præstatur evictio.*
24. *Quid si venditus fundus ex una parte deminutus, ex parte altera æqualiter auctus, evincatur item ex parte pro indiviso.*

QUoniam ergo quid esset evictio, & quibus rebus evictis actio adversus venditorem esset ob evictionem, expositum est: reliquum est, ut quæ eo nomine & in quantum actio sit, cognoscamus.
1 Actio † evictionis nomine duplex: una ex empto, quæ sive quid de evictione promissum est, sive non est, semper iudicii potestate & natura continetur. *L. ex empto, de act. empt.* Altera est, ex stipulatione duplæ certi condictio, ubi stipulatio ea interposita est, aut simplæ, quibus in caussis eam tantum stipulari possumus; ut si stipulatio interposita est, liceat alterutra actione experiri. *L. si tibi, C. eod. tit. L.* 18. & *L. seq. hic.* Sed huic tantum, ut dixi, locus est, cum stipulatio nominatim interposita est. Illa tum maxi-

maxime, cum nihil convenit. De qua
2 prius videamus. De hac † sic Paulus hoc tit. in L. evicta, 70. *Evicta re, ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.* Ad id *quod interest*, sic accipe: quod interest, rem evictam non esse. *L. cum successores, C. eod. tit.* Unde ibidem sic Paulus infert: *ergo etsi minoris esse cœpit, damnum emptoris erit.* Recte. Nam si res minoris esse cœpit, ac deinde evicta est, dici non potest quidquam amplius propter evictionem abesse, quam quod supererat, & evictum est. Quod autem deminutum est, abest illud quidem; sed casu abest, non quia res postea evicta sit. Denique etsi evicta non esset, illud idem nihilominus emptori abesset. Nunc autem quod ante deminutum est, nec evincitur, venditor non præstat. Emptoris enim damnum est. Ita de eo, quod restat, non quanti venditum est, sed quanti ea res est, idest, quanti interest emptoris id evictum non esse, venditor tenetur. Est autem † id quod interest emptoris, quod
3 illi abest, quodque lucrari potuit. *L. si commissa, rem rat. hab.* Quibus verbis non pretium, ut dixi, continetur, sed quanti res valuit. Ac fieri potest, ut pluris fuerit, quam vendita est. Id autem haberet emptor, si res evicta non esset: ac proinde etiam hac actione præstabitur. *L. 1. de act. empt.* His verbis, etiam si quid præter rem habere potuit emptor, continebitur: veluti fructus rei, ancillæ partus, & si quid per servum acquiri potuit, cuius occasio acquirendi delata esset. *L. venditor, hic.* Hinc si duos servos quinis a te emerim, & eorum alter evincatur, nihil dubii fore Africanus respondit, quin recte ex empto eo nomine acturus sim, quamvis alter decem dignus sit. *L. si duos, hic.* Atqui, dixerit aliquis, nihil mihi abest, cum decem tantum impenderim, quæ nunc mihi restant, quamvis altero evicto. Sed, ut dixi, id quod nostra interest persequitur hæc actio, in quo non quid nobis absit, sed quid habere potuerimus, si res mansisset, æstimandum est. Quid, si post evictionem rei, quam dominus abduxit, venditor eandem rem post tempus offerat? Quo minus præstet, quod semel emptoris interfuit, non recte defenditur. *L. emptori, 67. hic.* Actionem enim illi semel quæsitam, nisi solvendo non potuit auferre. *L. ult. de pact. L. habere, 57. hic.*

4 Hanc † actionem emptori competere certum est, *L. ex empto, de act. empt.* nempe ei, a quo res iudicio evicta est. Quid ergo, si ab eo evicta non est; sed ab eo, in quem ipse post emptionem transtulerat? Quæ quæstio a Pomponio tractata
est in † ea muliere, quæ fundum in do- 5
tem dedit, quem emerat: deinde is a marito per iudicium ablatus est. *L. si pro re, 22. §. 1. hic.* Eadem agitata est a
Paulo † in patre, qui fundum filiæ nomi- 6
ne in dotem dederat: qui deinde a marito evictus est. *L. pater, hic.* Et placet in utraque specie statim emptorem ob evictionem agere posse. Mulierem in priore, quod ea evictione desineret dotem habere, quam alioqui haberet. Patrem in posteriore, quia etsi re vera dos ipsius esse non tam dici possit, quam filiæ, præsertim ubi ea emancipata est: tamen ut esse interpretemur, paterna affectio inducit: qua efficitur, ut dotem habere videatur, quam filia habeat; & contra ea carere, cum filiæ adempta est, quod laboraturus sit pater ea adempta, ut aliam quærat filiæ. Ex quibus colligitur, re alii ablata, in quem ab emptore translata erat, sic emptori actionem ob evictionem competere, si etiam emptori ipsi evicta videbitur. Id ita fieri, si sic eam alienavit, ut nihilominus adhuc suam posset dicere. Quod accidit, cum res ab illo in dotem data est sic: ut dotem eam sibi posset vindicare, ut iis casibus, quos supra commemoravi.
Quod si ita est: sit, † ut si ita transtulit, 7
ut sibi nihil iuris in ea retineret, ea evicta non possit agere. Nisi forte is, a quo evicta est, regressum adversus ipsum habuerit, quia vendiderat, isque deinde ad venditorem regrediatur. Ita si fingas, emptorem rem emptam alicui donasse: deinde aliquis eam a donatario evincat; qui adversus donatorem regressum non habet; emptor venditorem ob evictionem convenire non poterit. Huic enim nihil aufertur propter evictionem.

Adversus † venditorem autem hanc a- 8
ctionem esse constat: cum hoc enim con-
tractum est. Unde non una † in specie 9
dubitatum est, quis vendidisse videretur. Quo in genere illa quæstio est apud Scævolam tractata, de qua in *L. quidam, 12. hic.* Quidam ex parte heres institutus universa prædia vendidit, & coheredes pretium acceperunt: evictis his, quæritur, an coheredes ex empto actione teneantur? Quæstio in eo est, an ipsi intelligantur vendidisse. Respondet Scævola, *si coheredes præsentes affuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.* Unde scilicet voluit intelligi, actione ex empto eos ob evictionem teneri. Nam id quæsitum erat, an hac actio-

ne,

ne, re evicta, tenerentur. Sed quod ait, *si coheredes affuerunt, nec dissenserunt, videri vendidisse*, non sic accipiendum est: quasi ad consensum coheredum probandum satis sit illos affuisse, cum res eorum venderentur, nec dissensisse. Placet enim, & recte, neminem, quia scit rem suam, aut ad se pertinentem vendi, aut alienari, & patitur, ideo alienationi consentire videri, cum sciat ius suum durare. *L. sicut, §. non videtur, quib. mo. pig. vel hyp. solvit.* Sed in specie proposita coheredes posuerat pretium accepisse. Quod cum constaret: respondit, si etiam præsentes affuissent, nec dissensissent, vendidisse videri: non quod affuerint tantum, sed quod pretium acceperint: quod nullo iure ex venditione habere potuerunt, nisi prius venditionem valere vellent. Eodem ex genere ista quæstio est, si pignora venierint per apparitores prætoris extra ordinem sententiam exsequentes: re evicta in quem actionem demus. Nam adversus apparitores nemo dicet: quippe qui munere tantum vendendi functi sunt, nihil autem suum hic vendiderunt, neque pretium ad illos ex ea venditione pervenit. *L. si pignora, hic.* Adversus debitorem qui pretio liberatus est, an dari debeat, ideo dubitatur, quia non vendidit, cum eo invito res distractæ sint. Sed constitutum est, adversus eum dari debere, cui solutio proficit. *L. si ob caussam, C. eod. tit.* Nec immerito: ne si minus vendidisse existimatur, ipse tamen per occasionem eius divenditionis ex aliena iactura locupletior fiat, *arg. L. rescriptum, §. 1. de distr. pignor.* Unde fit, ut is non in id quod interest emptoris rem evictam non esse, sed de pretio dumtaxat quod ad eum pervenit, conveniri debeat. *L. si plus, antep. §. 1. hic.* In hoc genere & illud de facto tutoris quæsitum est, si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, utrum in eum, cuius tutela gesta est, actio danda sit. *L. 4. hic.* Sed magis illius loci quæstio est, in quo quæritur in universum, quando ex facto tutoris pupillus conveniri possit, *sub titul. quand. ex fac. tut.* Non solum autem adversus venditorem hæc actio est,
10 sed etiam † adversus heredes venditoris.
Nec mirum, inquit Ulpianus, *ut evicto homine, de evictione teneatur heres, quamvis defunctus non similiter fuerit obstrictus: cum & aliis quibusdam casibus plenior adversus heredem vel heredi competat obligatio, quam competierat defuncto, ut cum servus post mortem emptoris heres institutus est, iussuque heredis emptoris adiit hereditatem. Nam actione ex empto*, inquit, *præstare debet hereditatem, quamvis defuncto in hoc tantum fuerit utilis ex empto actio, ut servus traderetur. L. si per imprudentiam, 51. §. non mirum, hic.*

De actione ex stipulatione duplæ videndum est. Ea est, ut dixi, certi condictio.
In hac † cætera cum actione ex empto 11
communia. Nam & emptori competit, re evicta, & adversus venditorem, heredesque venditoris. Illud proprium, quod hæc quantitatem certam persequitur; illa incertam, nimirum quod interest, quod temporibus & personis, & locis, & negotiis varie mutari potest. Petit igitur du-
plum hæc actio. Quid † dupletur, videa- 12
mus: ipsane rei æstimatio, quanti res valuit, an ipsum pretium, idest, quanti res vendita est. Et nimirum pretium ipsum duplatur, quandiu id certum est; non rei æstimatio & bonitas. Idque colligitur ex his Pauli verbis, quæ extant in *L. si fundo. 53.* hoc titulo: *Si fundo tradito*, inquit, *pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio: tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, præstandum: etiam si ea quæ meliora fuerunt, evicta sint. Quod de parte dicit, multo magis de toto dicendum est, quod semper certo pretio emptum constat.* Itaque de toto evicto nulla
dubitatio est. At cum pars † evincitur, in 13
quam pretium dictum non est, nimirum hic existit dubitatio, quatenus partem evictam æstimemus, ut eatenus evictio præstetur. Et extat Ulpiani in *L. 1. hoc titulo*, & Papiniani in *L. ex mille*, distinctio in hanc sententiam: ut si pars fundi pro indiviso evincatur, pro quantitate evictæ partis, & modo sit regressus. Si certus locus sit evictus, non pro modo, sed pro bonitate regionis regressum habeat emptor ad venditorem. Exempli caussa, quinta pars fundi evincitur pro indiviso. Pro eadem portione pretii, id est quinta, erit actio adversus venditorem, eiusque rei actio in duplum ex duplæ stipulatione. E diverso vineæ ducenta iugera, silvæ seduæ, pratorum evicta sunt. Pro bonitate loci erit regressus. Si erit pretiosissimum, quod evictum est, quanti est, tanti æstimabitur, quamvis cætera, quæ relinquuntur, multo minoris sint. Si erit vilissimum, non pluris æstimabitur, quam quanti fuerit. Differentiæ ista ratio est, quod cum pro indiviso totius fundi pars evincitur, nihil potest dici pretiosius, aut vilius cæteris partibus esse evictum, cum ea pars per omnia quæcumque aut vilia, aut pretio-

tiosa, aut mediocria sunt in eo fundo, æqualiter fusa sit. Id in parte certa, quæ a cæteris partibus, regionibus & locis distincta est, dici non potest. Sed cur in hac quoque parte modus & quantitas non computatur, ut sic pro modo & quantitate partis evictæ regressus sit potius, quam pro bonitate? Quia cum res sit cæteris multo pretiosior, quæ evincitur, quam cæteræ, quæ manent: absurdum est, non pluris eam, quam cæteras æstimari; aut cum erit vilissima, iniquum tanti æstimari, quanti, quæ in alia parte fundi pretiosissimæ relinquuntur. Hoc autem, ut dixi, ideo sic æstimatur, quia pretium aliud singularum partium constitutum non est. Quod si singula iugera venierint certo pretio; commutata ratione sit, ut iam non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, evictio præstetur. *d. L. si fundo, hic.* Illic enim cum de pretio nihil dictum est, ad coniecturas voluntatis recurrendum est. In re certa & æstimatione contrahentium nullus est coniecturæ locus. Arg. *L. continuus, §. cum ita, de verbor. oblig.*

Cum autem de bonitate æstimanda agetur ob id, quod pars certa evicta est,
14 meminisse oportebit † bonitatis æstimationem faciendam, quæ fuisset venditionis tempore, non cum res evinceretur: aut si quid forte de eo, quod alluvione accessit, præstando convenisset, idque evinceretur: tempus, non quo evincitur, nec quo res vendita est (nam tum alluvio non erat) sed quo accessio facta est, inspiciendum. *L. bonitatis. 13. cum duabus LL. seq. hic.* Atque hæc ita, si de actione ex stipulatione agetur, qua duplum aut simplum evictionis nomine persequimur.
15 Nam si † ex empto agatur, iam ante diximus, non qualis res fuerit, cum venderetur, esse spectandum; sed qualis tunc, cum evincitur, ut aut emptoris damnum sit, si deminuta sit, aut lucrum, si aucta fuerit. *L. evicta, 70. hic.*

16 Ut † dupla peti poterit, quibus in caussis eam stipulati sumus: ita ex stipulatione simplæ in omnibus caussis, cum eam stipulati erimus, agi poterit. Nihilque inter hæc, nisi summa pecuniæ, quæ petitur, interest. Sed cum liceat ex empto agere, quæ actio non pretium tantum, sed id, quod interest, persequitur, quod multo plus interdum continet: nullum operæ pretium facere nos aliquis existimabit, si de stipulatione simplæ laborabimus, cum actionem ex empto habeamus.
Hic si quis † erit, cui id videatur, admonendus nobis est, etiam si ad duplam, addo ad simplam, stipulari non liceret; non parvam tamen utilitatem in eo esse, si quis hoc tantum stipulatus sit, rem sibi habere licere. Nam si fundus magna ex parte imminutus erit, aut deterior factus, isque deinde evincatur, si ex empto agatur, quod periit, non æstimabitur: idemque fiet in actione ex stipulatione, si pars eius fundi evicta fuerit. Quod si totus fundus evincatur, ex stipulatione si agetur iure, non imminuetur evictionis obligatio, ut Papinianus scripsit, de quo mox videbimus. Cætera igitur hucusque expedita, quæ sunt in actione duplæ, aut simplæ, tam toto, quam parte evicta; idque sive pars pro indiviso evicta sit, sive pro diviso. 17

Unum etiam restat, quod nobis explicandum est. Nam cum dixerimus, cum pars pro indiviso evicta est, evictionem pro modo partis evictæ ad rationem totius fundi, unde evicta est, præstandam esse: fieri autem possit ut minor fundus, aut maior post venditionem efficiatur, unde pars deinde pro indiviso evincitur: quæstionis † est, sive deminuto postea fundo, sive aucto alluvione, pars eius aut quinta, aut quarta evincatur: cequid evictio præstanda videatur pro modo agri, qui nunc est, an pro eo, qui olim fuit. Maiorem enim aut minorem esse portionem necesse est, prout ex hoc aut illo modo evictam esse constituerimus. Finge ex mille iugeribus, quæ tradita fuerant, ducenta flumen abstulisse. Quartam deinde ex fundo, qui reliquus est, evictam esse; an hæc pars sic accipienda erit, quasi de octingentis, quæ nunc sunt, evicta sit, an quasi de mille, quæ fuerunt, cum fundus tradebatur? Finge e diverso mille iugeribus ducenta alia accessisse, deinde ex his quintam partem totius evictam esse. Censesne pro modo, qui nunc est, præstabitur evictio, an pro eo, qui fuit, cum fundus venditus est, quasi de mille tantum hæc quinta evicta sit? Est hæc quæstio subtiliter cum primis, & acute a Papiniano tractata sub hoc titulo, in eo responso, cuius initium est, *ex mille*. In quo ille diversis casibus imminutionis, & incrementi propositis, quid velit, complectitur. Difficilius tamen, quia brevius & subtilius. Id nos, quod lumen in primis desiderare videtur, & ad hanc quæstionem pertinet, breviter explicare conabimur. 18

Ad L.

Ad L. ex mille. De evictionibus,

CUM pars fundi pro indiviso evicta est, pro modo partis evictæ evictionem præstandam esse convenit. Utrum pro modo agri, qui nunc est, ut dixi, cum evincitur, an qui tunc fuit, cum venditus est, si forte vel casu imminutus, vel auctus fuerit, quæritur. De hac quæstione
19 † Papiniani in hoc responso sententia, ad quam eius exempla referri debeant, mihi esse hæc videtur. Aucto fundo, si quæ pars pro indiviso, puta, tertia, quarta, quinta evincatur, nihil amplius præstandum, quam pro ea parte, quæ futura esset, si modus agri mansisset, qui venditus est. Solum enim rei venditæ, non accessionis periculum præstandum. Quod si fundus imminutus esset, e converso dicendum esse, evictionem non nisi pro modo fundi præstari debere, qui nunc esset, non qui olim fuit: non quod evictio præstanda non sit; sed quia quod periit, casu amissum esset, evictum non esset. Et hoc ita, si pars fundi evicta esset, non fundus totus. Fundum enim quamvis deminutum, eum fundum videri, qui venditus est. In summa autem id totum præstandum esse, quod evictum est, modo id venditum fuerit: si quid evictum non sit, quamvis sit amissum, non amplius præstandum, quam quod evictum est. Ait Papinianus: † *Ex*
20 *mille ingeribus traditis ducenta flumen abstulerat: si postea pro indivisa ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta præstabitur. Nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit*. Pro parte quinta, inquit, non quarta duplæ stipulatio præstabitur. Hoc quid sit, parum liquet. Si pro parte quinta octingentorum, quæ supererant, intelligit, absurdum est: si pro parte quinta mille iugerum, aut ineptum, aut alienum. Ducentis ablatis octingenta superfuerunt. Ex his postea ducenta evicta sunt, nempe octingentorum quarta pars. Cum quarta pars evicta sit ad ducenta, dicere evictionem ad quartam tantum partem præstari, idest, ad centum sexaginta, hoc vero non tam iniquum, quam absurdum videtur. Nam cur non id præstetur, quod evictum est, nulla ratio omnino afferri potest. Rursum si evictionem pro quinta parte mille iugerum præstandam dicimus, quia ducenta, quæ evicta sunt, mille iugerum quintam partem faciunt, non quartam: est hoc quidem æquum: & prorsus ita statui debuit. Sed videamus, ne hoc in proposito inepte dubitetur, an quarta pars potius mille iugerum, quam quinta præstetur, atque ita non conveniat hæc quæstio responso Papiniani, qui hoc præcipue quærendum putavit, utrum pro parte quarta evictio, an pro parte quinta præstaretur. Etenim cum ducenta mille iugerum quinta pars sint, nemo iuste dubitaret, cum quinta pars tantum evicta sit, quin quinta evictionis nomine, non quarta præstari deberet. Nam si quid evictionis præstandum est, id præstetur, quod evictum est. Amplius an præstandum sit, quid potest esse caussæ, cur ambigatur? Quod si quis faceret, is potius ad regulas iuris notas remitteretur, quam responso Papiniani indigeret, & tali, in quo Papinianus ne novi aliquid dicere videretur, rationem in primis responsi sui sibi addendam putavit. Quid, si hæc sententia rationi Papiniani contraria est? Papinianus cur evictio pro parte præstanda sit, rationem reddidit: *quia quod periit, damnum emptori, non venditori attulit*. Ergo hoc vult, aliquid in hac specie emptori periisse. Si ducenta emptori evicta sunt, ducenta quoque præstari volumus: quod tandem in eo quod periit, emptoris damnum esse potest? De quibus breviter respondebimus: neque adeo explicatu difficilia sunt. Iam primum non esse hoc sic intelligendum, ut pro parte quinta octingentorum evictio præstetur, confessum puto. Ut enim emptori nihil amplius præstetur, certe quod evictum est, ut minimum præstari debet. Si ducenta evicta sint de octingentis, quæ supererant: etiam ducentorum nomine evictio præstabitur sine dubitatione, non centum sexaginta tantum. Itaque hoc etiam restat, ut pro quinta parte præstari, sic accipere debeamus, pro parte quinta mille iugerum, quæ vendita erant, non pro quarta: ut sit sensus, evictionem ducentorum præstari, quæ sunt quinta pars mille iugerum; ducentorum quinquaginta, quæ pars quarta sunt, non præstari. Quod autem contra disputatur, inepte hoc dubitari hoc casu, an pars quarta præstari debuerit; item ab hac sententia rationem Papiniani abhorrere: recte utrumque diceretur, si hunc, qui ducenta emisse proponitur, nihil amplius quam ducenta in eo fundo, qui mille iugerum fuit, habuisse fingeremus. Sed intelligendum est, eum partis quartæ totius fundi dominum fuisse, & in eo non ducenta tantum, sed ducenta

quin-

quinquaginta habuisse. Ex quo ambigendi caussa, ut paulo post intelligetur. Verum hoc loco nobis occurritur. Quis enim concesserit, cum eum, de quo quæritur, ducenta evicisse proponamus, neque quidquam præterea addatur, non ducenta tantum, sed ducenta quinquaginta in fundo habuisse? hic vero plerique hærent. Nam hoc fingere & divinare tantum ea gratia, ut te expedias, non quod id in re esse Papinianus proponat, admitti non putant oportere. Recte, si hoc ita esse divinaremus; non ex verbis ipsis Papiniani facile intelligeretur, si quis modo attendat. Etenim si ducenta tantum in toto fundo, id autem esse, si quintam partem actor habuisset: ducentis iugeribus pro indiviso amissis pars quinta, quæ in illis ducentis eius fuisset, ipsi quia dominus esset, periisset. Ea est autem ad quadraginta. Et simul necesse esset in octingentis quæ supersunt, eandem portionem illius manere, quæ in toto fuerat, nempe quintam. Octingentorum autem quinta pars non ducenta sunt, sed centum sexaginta, quæ ille nunc tantum recte evinceret. Nunc cum Papinianus ponat ex octingentis, quæ supererant, ducenta esse evicta, idest, ex octingentis quartam partem: facile ostendit, eum, qui iure id fecerit, in mille quoque iugeribus quartam partem, idest, ducenta quinquaginta habuisse. Hinc ergo, ut dixi, ambigendi caussa, an pro ea parte, quam se actor in toto fundo habere docuisset, nempe quarta, evictio præstaretur; an potius pro ducentis, idest, quinta parte mille iugerum: quando hæc solum revera evicisset. At cur dubitaremus, dicet aliquis, an pro ducentis quinquaginta evictio præstaretur, cum ducenta tantum evicta sint? Quid enim ad rem pertinet, actorem ducenta quinquaginta habuisse, si ducenta dumtaxat evicit? Nihil sane, si de ducentis tantum egisset. Sed animadvertendum est, eum, qui de octingentis ducenta, idest, quartam octingentorum partem abstulerit, ut id faceret, necesse habuisse ostendere, quartam in toto fundo suam fuisse, idest, ducenta quinquaginta. Quod ni faceret: quomodo vinceret se in octingentis, quæ supersunt, quartam reliquam habere? Cum hoc ipse probaverit: eadem opera sententia iudicis declaratum est, & ducenta ipsum in his octingentis, & quinquaginta in illis ducentis quæ perierunt, habuisse: eaque ducenta in ea caussa fuisse, ut si exstarent, quinquaginta de his restitui deberent. Quod cum ita sit, idque adeo iudicio certum esse cœperit: etsi restituta non sunt, pro evictis tamen haberi debuerunt. Nunc hoc in hac re plane confirmare voluit Papinianus quamvis iudicio rem alienam esse constaret, eaque periisset; tamen nihil amplius, quam quod evictum esset iudicio, evictionis nomine præstari: si quid periisset casu, id damnum emptori, non venditori afferre oportere. Venditori autem damnum afferret, si tanquam eo evicto evictionis nomine teneretur. Ait Papinianus: *Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus deterior factus sit. Nam & ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Ex mille iugeribus traditis, ducenta flumen abstulit, deinde ducenta pro indiviso evicta sunt. Sic evictio præstabitur, ut quod periit, damnum emptori afferat. Hoc Papinianus initio dixit. Id † secus esse do- 21
cet, si totus fundus postea evincatur, id est, tota octingenta iugera, non enim octingentorum tantum iugerum, quæ supererant, evictio præstabitur, sed mille iugerum, denique totius fundi, quia fundus evictus est. Atqui fundus nihil iam nisi octingentorum iugerum erat, amplius igitur præstari iniquum est. Recte Papinianus, & subtiliter huic obiectioni occurrit. Verum est fundum, ut nunc fuit, octingentorum tantum iugerum fuisse; sed is ipse fundus erat, qui venditus est: fundus enim quamvis deminutus, idem fundus est, qui fuerat: quemadmodum, inquit, si fundus, aut servus incuria deterior esset factus. Et sane hic observandum est, non actione ex empto, sed ex stipulatione duplæ agi. Si ex empto agatur in id quod interest: amplius quam quod fuit cum evictum est, consequi emptor non potest: quia nihil amplius illi abest propter evictionem, idest, nihil amplius eius interest. At cum ex stipulatione agitur, hoc solum spectatur, an exstiterit stipulationis conditio. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Conditio hæc fuit, si fundum habere non licebit, duplam eo nomine dare spondes? Ea tunc exsistet, cum fundus totus evictus erit. Quod nunc accidit: fundus enim is, qui venditus erat, totus evictus est, non ex parte. Committetur igitur in solidum stipulatio. Nec ad rem pertinet, quod fundus diminutus fuit. Quantus enim sit, non quæritur. Hoc quæritur, ut dixi, an is sit, qui venditus est, & an is totus evictus fuerit. Argumento est certissimo, quod si servus venditus evincatur, quamvis deterior factus; nemo tamen dixit ideo deminui

evictio-

evictionis obligationem. Neque vero iniste postulaverit venditor, ut hoc casu deminuatur obligatio: quoniam si fundus auctus esset, & sic evinceretur, non præstaret idem, quanto melior factus est. Id significat illis verbis, *Nam & ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta*. Verum hic etiam ille scrupulus restat. Nam si parte evicta, quod periit: damnum emptori attulit, ut ipse ante scripsit: cur toto evicto hoc ius commutat, cum utrobique idem perierit? Quin potius igitur generaliter hoc definitur: quod periit, damnum emptori, non venditori attulisse, sive pars, sive fundus evincatur, cum detrimenti eadem ratio sit? Sed longe diversa in utroque ratio est. Nam cum fundus evincitur, nihil hic, nisi fundus evincitur. Recte igitur sic colligetur: fundus is evincitur, quem emptor habuit, & is quidem, qui venditus est: nimirum & eius fundi evictio præstabitur. Nec dici poterit, quod periit, damnum venditori, non emptori attulisse, contra supra scriptam Papiniani rationem: quia in hac evictione id solum spectamus, quod exstat, non quid particulatim deperierit: fundus enim totus evincitur. At cum pars evincitur, non potest nisi de eo modo, qui nunc superest, evinci: de eo quod periit, evinci emptori nihil potest, cum id iam nec possideat emptor, nec dolo malo desierit possidere. Eo fit, ut si nihil aliud præstandum sit, quam quod evictum est, ea solum pars præstanda sit, quæ de octingentis, quæ supererant, evicta est: illorum autem ducentorum, quæ ante amissa sunt, nulla ratio habeatur, quia inde nihil evictum sit. Atque hic il-
22 lud † notandum est, quod antea monueram, quid referat vel simplum evictionis nomine stipulatum esse, aut simpliciter rem habere licere, ut maxime duplæ stipulatio nulla sit: cum si ex empto tantum agamus in id, quod nostra interest, si quid de fundo periit, damnum emptoris futurum sit: *L. evicta, 16. hic*, in actione ex stipulatu non item. Quod iam sequitur in versiculo, *Quod si modo terræ integra*, planum est. Mille iugeribus traditis integris ducenta per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta est. Totum fuit mille ducentorum iugerum: horum quinta pars est ducenta quadraginta iugera. De evictione quæritur, an pro totidem iugeribus evi-
23 ctio præstetur. Ait Papinianus † perinde partem quintam præstari, ac si de mille iugeribus, quæ tradita sunt, ea pars evicta esset. Ea autem esset ad ducenta iugera. Sic pro ducentis tantum, id est, pro modo, qui olim fuit, evictio præstabitur. Cur ergo eorum, quæ accesserunt, evictio nulla est? *Quia*, inquit, *alluvionis periculum non præstat venditor*, sed rei tantum venditæ. Et recte: hanc enim solum habere licere promisit. Deinde hanc † quæ- 24
stionem introducit: *Quæsitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, & postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur*. De hac quæstione priusquam Papiniani responsum subiicimus, animadvertendum puto, mistam esse ex superioribus quæstionem. Ex parte enim ducenta perierunt, ex parte alia ducenta accesserunt. Quod ad illa attinet, quæ perierunt, iam ex superioribus pro certo habendum est, illa emptori periisse. Itaque illis remotis, sic res haberi debet, quasi octingenta sola sint, quibus deinde ducenta accesserint. Ex his ducenta evicta sunt. De evictione quæritur, quid ex octingentis, quæ vendita sunt, deducatur: quod ex ducentis, quæ accesserunt, considerandum est. Et manifestum est, si separatim ducenta pro portione ex his detrahantur, ex octingentis venditis, centum sexaginta, nempe quintam partem decessuram: ex ducentis, quæ accreverunt, quadraginta, hoc est, quintam quoque partem ducentorum, quæ summæ coniunctæ ducenta efficiunt. Si de evictione iam quæratur, ex superiore exemplo iudicandum est. Scilicet centum sexaginta, quæ ex octingentis decesserunt, præstabuntur. Evicta sunt enim ex iis iugeribus, quæ tradita sunt. Quadraginta illa reliqua nequaquam præstabuntur, quia non de octingentis, sed pro portione ex ducentis illis, quæ alluvione accesserunt, detracta sunt. Alluvionis autem periculum non præstat venditor. Vide igitur, quid Papinianus respondeat: *Dixi* inquit, *consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta*. Quid reliqua quadraginta, quæ desunt ad ducenta perficienda, unde deducuntur? *Reliqua quadraginta*, inquit, *quæ de universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi?* Idest, de nova regione, quæ accessit, hæc quadraginta pro rata decesserunt. Horum autem, quæ accesserunt, iam diximus, periculum venditorem non præstare. Recte igitur, hoc dicit, quod respondet, superioribus esse consequens. Quod
ait,

ait, ut neque pars quinta mille iugerum debeatur, id caussæ est, quia cum ducenta iugera periissent, ex iis, quæ superant, non possit dici quintam de mille evictam esse. Quod subiicit, ut neque quarta debeatur, sic accipiendum est: neque pars quarta octingentorum: quarta autem octingentorum ad ducenta est. Et id rursum hanc rationem habet, quod quanquam ducenta evicta sunt, quæ si ad ducenta conferantur, quartam ducentorum efficiunt: non tamen tota ex octingentis, sed pro rata novæ portionis evicta intelligi debent.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENT.

IN TITULUM DE USURIS &c. ET SEQUENTEM DE NAUTICO FOENORE.

CAP. I.

De usuris.

S U M M A R I A.

1. Accessiones *quid sint*.
2. *Quid* usura, fœnus, sors.
3. *Usura un sit quod sorti accedit non in pecunia numerata, sed in alia specie.*
4. Antichresis *quid sit*.
5. *Usura non est, nisi quod exigitur pro usu pecuniæ, vel alterius generis, quod mutuum dederis*. & n. 8.
6. *Usuræ vicem fructuum obtinent.*
7. *Speciei debitæ usuræ nunquam præstantur, nisi eius æstimatio debeatur.*
9. *Usuræ a veteribus philosophis improbatæ, & quare,*
10. *Differentia mercedis, aut pensionis, quæ solvitur pro re locata, & usuræ.*
11. *Id, quod interest, lucri amissi, damnive accepti nomine iuste accipitur.*
12. *Usuræ iure Romano permissæ.*
13. *Propositum Auctoris.*
14. *Partitio operis.*
15. *Usuræ iure Romano in omnibus caussis debentur, si in stipulationem deductæ, & certæ fiat.*
16. *Citra stipulationem deberi possunt in bonæ fidei actionibus: non in actionibus stricti iuris, etiamsi pacto ex continenti interposito promissæ fuerint.*
17. *Excipitur* I. *fiscus cui ex omnibus contractibus usuræ etiam citra conventionem debentur.*
18. *Excipitur* II. *civitas, cui pecuniæ creditæ usuræ debentur etiam ex nudo pacto: pecuniæ vero ex pollicitatione debitæ post moram etiam sine conventione.*
19. *Difficultas removetur.*
20. *Pollicitatio reipublicæ facta distat a liberalitate.*
21. *Ex nudo pacto debentur usuræ* I. *traiectitiæ pecuniæ:* II. *in mutuo aliorum generum præter pecuniam*, & n. 22.
23. *Dubitatio, & solutio*. & n. seq.
24. Nudum pactum *quum varie dicatur*.
25. *De usuris rei iudicatæ.*
26. *Usuræ nudo pacto promissæ nec solutæ repetuntur, & per retentionem pignoris exigi possunt*, & seqq.
28. *Pignus etiam pro naturali obligatione tenetur.*
29. *Solutio per plures annos continuata quam vim habeat. Exponitur* L. si certis annis, 28. C. de pact. L. creditor, 7. C. de usur. & L. cum de in rem verso, 6. D. eod, *& n. seqq.*
31. *Vulgaris ea de re Interpretum sententia refertur, atque refellitur*, & n 32.
33. *Sententia Auctoris*. & n. seq.
34. *Publicatis bonis patrisfamilias, excipitur peculium filii, & dos filiæ.*
35. *Quam vim habeat hæc conditio*, si pecunia sua die non solvatur *Quid, si nemo fuit, cui solvi posset. Quid, si debitor moram aliquando fecerit*, & seqq.
40. *Usuræ in bonæ fidei iudiciis post moram debentur etiam citra conventionem.*
41. *Eius tamen pecuniæ, quæ propter aliam rem debetur, nisi huius rei præstatio antecesserit, usuræ non debentur*, & seqq. *ubi exemplu.*
45. *Tutor qui pecuniam pupilli vertit in usus suos, & similiter administrator, usuras præstat etiam citra moram.*
46. *Legatorum, & fideicommissorum usuræ, & fructus post moram debentur, multoque magis post litem contestatam*, & seqq.
47. *Voluntates defunctorum latius interpretamur.*
50. *An post litem contestatum usuræ debeantur etiam in stricti iuris actionibus*. & n. seqq.
51. *Litis contestatione fit quædam novatio, quæ tamen actori prodest, non nocet*. & n. 53. & 72.

52. *Usurarum obligatio accessio principalis obligationis.*
54. *De modo usurarum.*
55. *De nominibus usurarum. Quid* usuræ centesimæ, semisses, trientes &c. seqq.
56. *De asse, eiusque partibus.*
57. Calendarium *quid, & unde dictum.*
58. *Supra modum legitimum nec usuras, nec fructus, neque pœnam licet stipulari.*
59. *An inutilis sit stipulatio, si usuræ legitimæ modus excedatur.* & n. seq.
60. *Quod usurarum nomine ultra modum exigitur, id aut in sortem imputatur, aut restituitur.*
61. *Quando fructus maiores legitimis usuris liceat stipulari, aut percipere.* & n. 62.
63. *Iudex quem modum servare debeat, cum ex officio in usuras condemnat.*
64. *Nec usurarum, neque fructuum usuras, pœnam, accessionemve stipulari, aut petere licet,* & seqq.
67. *Exceptio.*
68. *Stipulatus minores usuras an recte stipuletur maiores,* si minores sua die non solventur, & n. 69.
70. *Quando usuræ deberi desinant,* & seqq. usque ad finem *Capitis.*
73. *An iudex condemnare possit ad usuras pendendas, si tardius sententiæ condemnatus paruerit.* & n. seq.
74 *Iudex esse desinit post dictam sententiam.*
75. *An præteriti temporis usuræ a debitore liberato exigi possint.*
76. *An obligatio perimatur, si annuam præstationem debens per triginta annos non solverit.* & n. 78.
77. *An post rem iudicatam usuræ peti possint, si iudex nihil de iis in sententia pronuntiaverit.*
79. *De lectione* L. usuræ, 10. C. h. t.

IN omni obligatione, omnique persecutione, in qua res aliqua petitur, non solum res ipsæ versantur, de quibus obligatio, aut actio constituta est: sed etiam ipsarum rerum accessiones quædam sunt, de quibus præstandis agi-
1 tur. † Accessiones nunc vocamus, non tantum ea, quæ extrinsecus rei accedunt, ut quod per alluvionem accrescit, ut usumfructum, qui finitus proprietati adiungitur; sed etiam quæ ad rei ipsius, & corporis, de quo principaliter agitur, præstationem accedunt, etiam si ex re ipsa nascantur. Quo in genere hæc sunt, usura, fructus, ancillæ partus, & quæ caussæ appellatione significantur. De quibus in Pandectis Titulus est propositus, qui *De usuris* inscribitur. In quo præterea id accessit, ut de mora tractaretur: propterea quod illarum rerum præstatio ut plurimum ex mora nascitur. Sic igitur inscribitur, *De usuris, & fructibus, & caussis, & omnibus accessionibus, & mora.*

Earum rerum omnium usus, atque utilitas cum in omni actione, atque omni iudicio latissime pateat, soleatque his de rebus vel maxime dubitari, parum autem illa comperta habeantur, quæ de iis iure Civili prodita sunt: rem me non ingratam, non inutilem certe studiosis omnibus iuris facturum esse putavi, si quæ de iis mihi hactenus cognita, aut percepta essent, exponerem, & omnino siquid ad hæc cognoscenda operæ & studii afferre possem. Quod cum ita fieri commode posse existimarem, si non particulatim ista attingeremus, aut cum res esset late per omnes partes fusa, non in hoc tantum titulo explicando hæreremus: plus operæ suscepi, ut de toto genere earum rerum dicerem. Itaque collegi breviter, quæ ad eam rationem pertinere mihi videbantur, & in ordinem conieci, deque singulis, quantum quisque locus postulare videbatur, meam sententiam exposui: ut sperem rebus omnibus in unum locum conductis, & suis quasi regionibus descriptis, ac dispositis, cum alia ex aliis tanquam nascuntur & efficiuntur, quid in his quærendum sit, tum quæ sit de iis ipsis iuris ratio, multo melius & certius ab omnibus cognosci posse. Et quoniam sic titulus ille est, ut ista ad dicendum certo ordine proponantur, usuræ primum, ac deinde cætera: hunc quoque ordinem in his persequendis tenere certum est; itaque etiam de usuris primum disseremus.

Usura † sic videtur non male definiri, 2
ut sit accessio pecuniæ, quæ supra sortem, pro eius ipsius sortis usu exigitur a debitore: scilicet, ut cum pecuniam mihi debeas, sive mutuo tibi datam, sive ex alia quavis caussa creditam, si quid pecuniæ eo amplius mihi pendas tantum hoc nomine, quod illa pecunia uteris, quam mihi debes, necdum reddis, id *usura* recte nominetur: ipsa vero illa pecunia, quæ principaliter debetur, quo nomine accessio penditur, *sors* vocetur. *L. lecta, si cert. petat.* Ita dicitur *usura*, quasi *usus*, quia pro usu ipsius pecuniæ exigitur: quasi dicas, *usus precium*. Ac proprie nihil aliud significat usura, quam usum. Sic Cicero *usuram lucis, usuram vitæ, temporis usuram* dicit, istarum rerum omnium usum intelligens. Id etiam *fœnus* dicitur, quasi fœtus quidam pecuniæ. Unde *fœnus nauticum* vulgo appellatum, idem quod usu-
ra

ra nautica. Quanquam fœnoris appellatione in pecunia mutua frequentius nescio quomodo utimur tum, cum pecunia a nobis proficiscitur, eaque solum in contractu versatur: quam fœnerare, & fœnerari brevius dicimur, cum fœnori, id est sub usuris eam collocamus.

In superiore definitione, quæ ad vim, & naturam usuræ pertineant, duo præcipue notanda sunt. Unum, quod usuram pecuniam esse dicimus, ut intelligatur,
3 quod † sorti accedit, ita usuram esse, si in pecunia consistat: si quid convenerit, ut aliud pro usu pecuniæ debitæ præstetur creditori, id usuram non esse: quamvis respondeatur, quia in vicem, aut fraudem usurarum detur, in eadem caussa haberi oportere. *L. cum non frumentum*, & *L. seq. Cod. eod. tit.* Ex quo quidem quid de ea conventione, quam nostri verbo Græco ἀντίχρησιν nominant, iudicandum
4 sit, apparet. Ea † est, cum mutuus prædii usus vice pecuniæ datur creditori. Itaque usuram non esse intelligit Papinianus in *L. 1. §. 1. de pign.* Sed idem tamen eius conventionis modum scribit pro modo in usuris constituto esse finiendum, quia in usuras percipiatur. *L. si is, qui de pign.* Quod similitudine usurarum non colligeret, si hæc usura esset, ac non potius in vicem usuræ fructus iste perciperetur,

Alterum illud est, quod definitione in-
5 telligi volumus, † usuram accessionem esse, quæ pro usu pecuniæ debitæ supra sortem videlicet exigatur. Sic enim *sortem* pecuniam debitam vocamus. Ita usura non est, nisi tum, cum pecuniæ accedit. Scilicet cæterarum rerum fructum, pecuniæ usuram proprie dicimus. *L. usura, de verb. signif. L. 3. §. nonnunquam, hic*, ut quod in cæteris rebus fructus est, id in pecunia usura intelligatur. Quæ tamen cum tantum fructus afferat, quantum si ex corpore ipso perciperetur, afferret: recte dictum est ab Ulpiano in *L. usuræ*,
6 *hic*, † usuras vicem fructuum obtinere.
7 Atque hic locus eo pertinet, ut † si aurum, vel argentum factum, vel quæ alia species debeatur ex iis caussis, in quibus alioqui ex mora usuræ præstantur: in iis usuras non deberi intelligamus, ut Papinianus ex hoc sensu respondit, auro, argentove facto legatis, nisi illæ res æstimatæ debeantur. *L. 3. §. ult.* Quod cum ita sit: quod quibusdam in locis usura pro veste, itemque fructuum usura nominatur, *L. pro auro, C. eod. L. neque, hic*, conveniet ita interpretari, ut vestem æstimatam datam accipiamus, aut fructus con-

sumptos, quorum nomine æstimatio debeatur. Id enim usuræ ratio facit.

Et tamen quod de pecunia dixi, id † 8
in omnibus rebus mutuo datis eadem ratione accipi velim, ut in iis etiam additamenta usurarum, vel pecuniæ, vel eiusdem materiæ (quod propter incerti pretii rationem in his admissum est) recipiantur. Quod sub hoc titulo in Codice duobus rescriptis declaratur. *L. oleo*, & *L. frumenti*. Et profecto in omnibus his rebus, in quibus mutuum consistit, eadem, quæ pecuniæ, ratio est: quia aut his omnino non utimur, aut, si utimur, restat, ut usu eodem modo consumantur.

Ea res effecit videlicet, ut † a veteri- 9
bus philosophis usuræ magna ex parte in pecunia mutua improbarentur, tanquam quæ contra naturam essent. Neque id iniuria. Usura enim pro usu pecuniæ creditæ exigitur sic, quasi ea pecunia semper utare: cuius tamen aut nullus est usus, quandiu non uteris: aut si usus es, fecisti utendo, ut sæpius ea pecunia uti non posses. Neque enim pecunia, aut oleo, aut frumento uti potes, nisi consumas, idest, sic utaris, ut nihil ex ea re amplius apud te maneat. At enim pro eo usu saltem, qui aliquando fuit, aliquid te dare æquum est. Esto, id æquum sit fortassis. Nunc, cum pecunia tibi abest, quam nihilominus debes, quid est, quod interim pro eius usu abs te exigi debere videatur, cum ea non utare, ac ne uti quidem possis, quia abest? Quanquam ne pro eo quidem, quod usus es, aliquid exigi conveniebat, quia aliam pecuniam reddendo, quod te facere necesse est, non solum idem corpus, nec deterius reddis: sed etiam eundem illum usum, quem acceperas, in creditorem tuum transfers soluta pecunia. An non igitur iniquum sit, ut, cum præter pecuniam nihil accipias, aliquid ultra id, quod acceperis, reddas?
Quod † longe aliter fit in rebus locandis, 10
cum pro usu locatarum rerum merces penditur. Hæ res enim suum fructum habent, neque utendo consumuntur, sed ad fructum reddendum ipsæ sua sponte pertinent, pro quo ipso pecunia exigitur. Et quanquam in his sic comparatum est, ut res ipsæ quoque finita locatione restituantur: usus tamen, his restitutis, apud debitorem semper manet, nec ab illo restitui potest, ut sane in hoc genere naturalis commutatio rerum esse intelligatur. Idemque hic usus fieri non potest, quin absit creditori. Quorum nihil in pecunia numerata dici potest: cuius dominium sic in accipien-

tem transfertur: ut postea eadem illa una
cum usu suo restituatur.

11 Illud plane † concedendum est, si quid
interfit creditoris, quod pecunia sua usus
non est, quam in alias res poterit, & so-
litus sit iuste elocare, ut ex negociatione
lucrum faceret; vel si quod aliud incom-
modum passus sit, dum aut in pœnam in-
cidit, aut alias res cogitur carius emere,
quia in tempore pecuniam non receperit,
& si quæ similes caussæ incidere possunt:
earum rerum omnium nomine non ini-
quum esse usuras exigi pro eo, quod in-
terest. Quid, si venditor fundum suum
tradiderit emptori, neque emptor pecu-
niam solvat? parumne æquum sit debito-
rem precii usuras solvere, cum ipse fru-
ctus fundi interim percipiat? Nihil æquius.
Eademque cæterorum damnorum ratio
erit. Et generaliter definiendum est, cum
creditori res sua abest, quam debitori tra-
didit, propter quam pecunia debetur, cu-
ius rei interim debitor fructus capit, æquis-
simum esse, debitorem eius pecuniæ, quam
debet, usuras quoque solvere, quas cum
iis fructibus quodammodo compenset,
quos ipse habet, ne creditor iniuria affi-
ciatur, si ipse interim nihil habeat, debi-
tor autem ea re interim, & pecunia frua-
tur. In quibus omnibus usura vicem habet
eius, quod interest. Quam ad sententiam
hæc capita iuris pertinent, *L. illud, de
Ædil. edicto. L. Iulianus, §. ex vendi-
to, de act. empti. L. liberalitatibus, §.
1. hic. L. facta, §. rescripto, ad Treb.
L. cum post, §. domum, de iure doti.
L. Pater, de dol. mal. except.*

12 Sed nihilominus † iure Romano ipsa per
se usura omnis admissa est sine alia eius,
quod creditoris interest, probatione, (*)
maiore, ut videtur, Reip. bono, ut ho-
mines, qui pecunia indigerent, facilius ab
iis mutuam reperire possent, qui eam se
alibi non sine aliquo emolumento suo lo-
care posse intelligerent: itemque augen-
darum facultatum caussa, ne apud homi-
nes pecuniæ otiosæ manerent. Quæcun-
que caussa est, apparet eandem fuisse apud
Romanos, propter quam apud cæteras
nationes exercebantur. Illas quidem eo
iure permissas esse constat. De eo nunc
quærimus: Non enim ignoramus, quid aut
in iis iure Pontificio constitutum sit, aut
de iis sacris literis traditum. Nos vero,
ut dixi, † ius Civile de eo genere no- 13
strum hoc loco explicare conamur. Quam-
obrem de iis ex eo iure sic dicemus, non
ut omnia, quæ de hac re dici & conqui-
ri possunt, oratione nostra persequamur,
quod nonnulli fecerunt; sed ut quid his
literis de hoc genere traditum ac præce-
ptum sit, facilius, nobis ducibus, & ce-
lerius cognosci possit.

Ac † totius huius loci tria capita esse 14
animadverto. Unum de obligatione usu-
rarum, quomodo, & quibus ex caussis de-
beri incipiant. Alterum de earum modo,
quatenus exigi possint. Tertium, cum de-
beri cœperunt, quando desinant, & quous-
que exigantur. In his maxime capitibus
omne ius, quod de usuris quærimus, con-
tineri mihi videtur, ut qui ea teneat, ni-
hil præterea fortassis requirere debeat.
Eum ergo ordinem nunc sequemur. Ac
primum quibus ex caussis debeantur, di-
cemus.

Principio igitur sic definiendum est, † 15
usuras in omnibus caussis optimo iure, si
in stipulatum deductæ fuerint, ex stipula-
tione deberi, si modo etiam certus earum
modus stipulatione comprehensus sit. Ni-
hil enim profuerit, usuras stipulatum esse
sine certa quantitate, ut in modo earum
statuendo ad morem regionis postea recur-
ramus. *L. quod in stipulatione. L. Tu-
tor, §. ult. hic.* † Citra stipulationem 16
vero in bonæ fidei quidem iudiciis deberi
possunt, ut paulo post dicemus: in stricti
iuris iudiciis, veluti mutuo, nullo modo.
L. 1. & L. 3. Cod. eod. tit. Ex quo in-
telligi volo, ex pacto deberi non posse,
ne si ex continenti quidem interpositum
sit, *d. L. 3. C. eod. tit. L. si tibi de-
cem, de pact.* cum tamen regulariter ea
conventio actionem pariat, quæ inconti-
nenti subsecuta est. *L. Iurisgentium, §.
Quinimo, de pact.* Non enim putaverunt
veteres rei per se odiosæ obligationem si-
ne magna cautione esse admittendam.

Hoc loco † fiscus primum nobis exci- 17
piendus est, cui ex omnibus contractibus
usuræ debentur, non modo citra stipula-
tionem, sed etiam sine ullo pacto. *L. cum
quidam, §. Fiscus. L. Herennius, 2. hic.*

Proxima fisco civitatum ratio est. † His 18
enim etiam ex nudo pacto debentur usu-
ræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. et-
iam. hic.* Creditarum, inquam, idest, mu-
tuo

(*) Imo vero maximo reipublicæ malo. Nam primum in-
ter omnes incorruptæ mentis viros convenit, usuram,
quæ pro nudo usu pecuniæ penditur, turpe, iniustum-
que lucrum esse. Leotard. *de Usur. Quæst.* 2. Gonzal.
Comment. ad Cap. 3. *de usur. n.* 8. *seqq.* Leuren. *For.
Eccl. Lib.* 5. *Qu.* 339. Nihil autem reipublicæ magis ini-
micum, quam iniquitas, & iniustitia. *Iustitia elevat gen-
tem miseros autem facit populos peccatum*, ut monet Sa-
piens. *Proverb.* 14. 34. Deinde vero historiarum monu-
menta abunde testantur, *fænebre malum* a Tacito 6. *An-
nal.* 16. *discordiarum, seditionumque crebeerrimam caussam*
merito vocari.

tuo dararom. Nam in cæteris contractibus bonæ fidei non mirum, si iure communi usuras exigant vel ex sola mora. Atque etiam sine ulla alia conventione usuræ civitatibus debentur in eo genere, cum quis quid pollicitus fuerit Reip. se daturum, si moram in eo præstando facere cœ-
19 perit. *L.* 1. *de pollicit.* Cui † contrarium non est, quod traditum est, liberalitatis in Remp. factæ usuras non exigi. *L. liberalitatis, hic.* Quod enim ex pollicitatione debetur, ita debetur, si ob hoorem decretum sibi, vel decernendum quis promiserit, vel ob aliam iustam caussam. *L.* 1.
20 *de pollicit.* Id autem † a liberalitate distare plurimum intelligitur. *L. hoc iure, in prin.* & §. 1. *de donat.*

Iam vero neque hoc in omni pecunia, quamvis inter cæteros, perpetuum est, ut non nisi per stipulationem usuræ debean-
21 tur. † Interdum ex nudo etiam pacto debentur, idque inter omnes valet. Primum hoc in traiectitia pecunia receptum est certa de caussa. *L. in quibusdam, de naut. fœn.* de quo genere toto, quia res pluribus verbis indiget, paulo commodius po-
22 stea dicemus. Deinde † extra pecuniam numeratam in cæteris rebus omnibus, quæ mutuo datæ sunt, in quibus mutuum consistere potuit, puta oleo, frumento, & cæteris eiusdem generis. In quibus omnem accessionem ex nudo pacto præstandam esse placet. *L. frumenti. C. eod. titul.* Cur autem placeat, favor rei in caussa est. Favetur enim creditori frumentum, vel oleum mutuanti, si aliquid accedere velit supra sortem, ne damno aliquo afficiatur, dum propter variam commutationem æstimationis earum rerum, accidere potest, ut minori æstimatione eas postea recipiat a debitore, quamvis eadem mensura. Quarum rerum quam varia sint precia, non modo per singulas civitates & regiones, sed etiam iisdem in regionibus per singula prope momenta, omnibus notum est. Quamobrem etiam in iis arbitraria actio de eo, quod certo ioco inducta est. *L. ideo, de eo, quod cer. loc.* Huc pertinet. *L. oleo. C. eod. titul.* Nihil simile in oummis, quorum semper certa est æstimatio. *L. nummis de in litem iur.*

23 Enimvero † cur ex nudo pacto accessio io bis præstanda est? Inauditum est enim, & insolens, ex nudo pacto actionem nasci, nisi certis de caussis nominatim lege id constitutum est. Sed oudum hic accipere debemus, oon quod ex continenti secutum non sit, sed quod a stipulatione nudum sit. Ut eoim a doctis
24 hominibus recte observatum est, † *nudum* dicitur varie, ut quisque locus postulat, nempe id, quod oudum est ab ea re, quæ præcipue eo loco requiritur; ut eom dicimus, traditionibus, & usucapionibus, non oudis pactis domioia rerum transferri, *L. traditionibus, C. de pact.* apparet, nuda pacta dici, oon quæ aut oomen non habent, aut caussam aliam præter conventionem, quasi ex iis, in quibus superiora illa sunt, domioia rerum transferantur: nullo modo enim ex contractu solo transferuntur. Sed nuda intelligimus, ut referatur significatio ad id, quo de agitur, ea scilicet, quæ traditionem non habent, qua dominia transferri volumus. Sic hoc loco cum *nudum* dicimus, ita accipere debemus *nudum*, quod oibil, nisi pactum sit, & stipulationem non habeat, citra quam alioqui usuræ deberi non possunt.

Atque hæc etiam de stipulatione, & pacto omnia sic accipi volumus, si usuræ pecuniæ quavis alia ex caussa debitæ petantur, quam iudicati. Cæterum † post 25
rem iudicatam hoc speciali ratione adversus moram longiorem debitorum pœnæ caussa constitutum est, ut si intra quatuor menses, quam res iudicata est, pecuniam ex ea caussa oon solverint, usuram centesimam eius temporis, quod postea fluxerit, pendant. *Toto tit. Cod. de usur. rei iudic.*

Quibus exceptis, relinquitur quod posuimus, cæteris in rebus sine stipulatione usuras exigi non posse. At † deberi qui- 26
dem naturaliter ex pacto possunt sic, ut solutæ repeti non possint, nec ideo in sortem imputabuntur. *L. in iis,* §. *Imperator, de solut. L.* 3. *C. hic.* † Potest 27
etiam creditor per retentionem pignoris eas consequi, si forte pignus in eam quoque caussam obligatum sit. *L. per retentionem, Cod. eod. L. solutum,* §. *si in sortem, de pign. act.* † Pignus enim et- 28
iam pro naturali obligatione tenetur. *L. res, de pign.* Sed retinere, inquam, solum potest creditor, siquid eo nomine datum sit: exigere autem, quæ nondum solutæ sunt, de quo nunc agitur, sine stipulatione non potest.

Quid ergo, † si eas pacto forte promis- 29
sas debitor pluribus annis solverit? Exoritur dubitatio, num id sine stipulatione satis sit, ut eas in posterum præstare cogatur. Sed nos stipulationem requirimus. Quod autem pluribus annis præstitæ sunt, id consensum debitoris de iis præstandis arguere potest: stipulationem, quæ non sit, inducere oon potest. Quanquam ne hic quidem satis caussæ, ut qui ante solverit,

verit, in posterum quoque, ut id faciat, consensisse videatur. Quo fit, ut nihil hæc præstatio ad inducendam futuri temporis usurarum obligationem quicquam momenti habeat. *L. si certis annis, C. de pact.*

Itaque huc semper redeundum est, necesse habere creditorem, qui usuras petat, probare stipulationem intervenisse: Extatque in hanc sententiam Imperatoris Antonini rescriptum in *L. creditor, C. eod. tit.*

Non haberet hæc res dubitationem, neque pluribus verbis indigeret, nisi † Papiniani locus sub hoc titulo obstaret, in *L. cum de in rem verso*, in quo ille refert, cum de usuris quæstio moveretur, Imperatorem ideo solvendas usuras iudicasse, quod eas dominus, vel pater longo tempore præstitisset. Quæ sententia si vera est, superioribus maxime contraria est.

31 Atque † hunc quidem nodum sic vulgo expediunt, ut qui usuras non tanquam ex stipulatione debitas petat, sed hoc solum caussæ afferat, quod dicat sibi longo tempore esse præstitas: hunc non esse audiendum existiment, scilicet quia præstationis diuturnitas non sit caussa ad inducendam obligationem constituta. Et huc superiora illa rescripta referunt, quæ præstationem præcedentis temporis nocere negant. *L. si certis, Cod. de pact. L. creditor, C. hic.* Sed qui alioqui usuras optimo iure sibi deberi contendat, puta ex stipulatione, hic, si ad eius rei probationem hoc argumento utatur, quod sibi longo tempore solutæ sint, fidem facere dicunt, & ideo in posterum, tanquam iure debitas, solvendas esse. Sicque Imperatoris decretum illud apud Papinianum interpretantur. Atque in summa diuturnam præstationem ad inducendam sequentis temporis obligationem satis esse negant: ad probandam obligationem quæ præcessisse dicatur, putant satis esse, † utcunque probabiliter, sed parum ad eum locum, quem interpretantur, accommodate. Neque enim quicquam illic proponitur eum, secundum quem pronunciatum est usuras deberi, dicere sibi eas ex stipulatione debitas: sed solum hoc dicitur, Imperatorem ideo solvendas usuras iudicasse, quod eas pater longo tempore præstitisset. Ita quod longo tempore præstitæ essent, hanc solam rationem habuit, ut eas solvendas iudicaret. Deinde sequentia non cohærent, in quibus refert Papinianus, Imperatorem Severum filiæ Flavii Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussisse, quod ea patrem præstitisse dotis usuras allegasset. Quibus verbis non de usuris præstandis in posterum agitur ob id, quod ante præstitæ essent, sed ex ea præstatione patrem debuisse dotem, colligitur. Postremo nullum hoc argumentum est, qui longo tempore usuras præstiterit, eum quoque ex stipulatione debitas præstitisse. Nam si eum, qui paucioribus annis præstitit, non ideo tamen etiam secundum illorum sententiam colligitur debuisse, quamvis creditor sibi ex stipulatione deberi dicat: *L. creditor, C. de usur.* non debet ne is quidem debuisse existimari, qui longo tempore idem fecerit. Quid enim dici potest, cur qui semel errore inductus solvere cœperit, deinceps eodem errore longo tempore non solvat?

Assentior igitur † Francisco Duareno 33 nostro, recte, ut cætera, animadvertenti, eo loco de stipulatione usurarum non agi, neque hoc quæri, an usuræ debeantur, nec ne: sed an ab hærede patris, vel domini debeantur, cum quo de in rem verso agebatur. Pater longo tempore usuras præstiterat pecuniæ, quam filiusfamilias mutuam acceperat. Eo nomine, mortuo patre, cum hærede eius agebatur de in rem verso, quod eam pecuniam creditor in rem patris versam esse diceret, & simul usuras petebat, quas pater longo tempore præstitisset. Negabat hæres in rem patris versam: ideoque ne usuras quidem nomine patris se debere dicebat. Imperator iudicavit usuras ideo esse solvendas, quod pater eas longo tempore præstitisset: ut sit sensus, non indicavisse Imperatorem, usuras, quæ debitæ non docerentur, ideo solvendas esse, quod longo tempore præstitæ essent: sed, cum per stipulationem debitas esse a filio constaret, ideo iudicavisse ab herede patris solvendas esse, quia pater ipse, dum viveret, longo tempore eas præstitisset. Scilicet ut hinc ducatur coniectura, in rem patris eam pecuniam versam fuisse, idque ipsum patrem ea re declarasse, quod tandiu eius pecuniæ usuras solvisset. Neque enim id ita faceret, tanquam eius pecuniæ debitor, nisi ostenderet, eam quoque pecuniam se debere, & ita in rem suam versam fuisse. Ex quo significare sive Imperator, sive Papinianus voluit, præstationem usurarum, quæ ex certa caussa descenderent, arguere eum, qui eas præstiterit, eius quoque summæ principalis debitorem fuisse, cuius nomine usuræ illæ præstabantur. Quam bene autem cum hac sententia convenit, quod sequitur? Flavius Athenagoras filiæ nubenti decies centena dotis constituerat, & viro eius promiserat, eius-

que

que summæ nomine per multos annos usuras marito præstiterat. Eius deinde Flavii bona omnia propter delictum aliquod
34 publicata sunt. † Bonis publicatis, sic omnia iudicati bona ad fiscum pertinent, ut tamen peculium filii ex constitutione D. Claudii separetur, præcipue autem dos, quæ ipsius filiæ proprium patrimonium est. *L. 3. §. sed utrum in f. de minor.* Cum hæc dos promissa filiæ, certe eius dotis actio in bonis, & peculio filiæ esset, cum fisco egit, ut sibi ea dos restitueretur, neque tamen facile sibi constitutam esse probare poterat. Imperator Severus, cæteris probationibus in hac caussa deficientibus, hoc ipso de fisco numerari ei dotem iussit, quod inter cætera filia patrem præstitisse eius dotis usuras allegasset. Iudicavit scilicet, eum, qui usuras dotis solvisset, ipsam quoque dotem a se professam agnovisse videri, eamque se debuisse. Quod bene cum præcedentibus convenit. Sic enim & pater iudicatur agnovisse se pecuniam debere, tanquam in rem suam conversam, qui eius pecuniæ usuras tandiu præstitisset. Ita usurarum præstatio non declarat fuisse usuras debitas, quæ solutæ sunt, de quibus non quæritur: sed eum, qui solverit ex aliqua caussa principali; si de ea principali obligatione quæratur, eam caussam præstatione usurarum agnovisse videri. Usuræ enim nisi pecuniæ debitæ, non solvuntur, maxime ab eo, qui, qua de re agatur, non ignorat. De ipsis autem usuris in reliquum tempus præstandis hæc semper manebit quæstio, an etiam stipulatione promissæ sint; aut ea caussa, qua præsumitur præcessisse, ea sit, in qua ex mora usuræ debeantur. Sed iam ad propositum redeo.

Cum igitur usuras ex stipulatione solum recte deberi constet: deinceps de vi
35 eius stipulationis monendi sumus, † eum hac conditione, ut fit, interposita erit, ut, *si pecunia sua die non solvatur*, usuræ debeantur, non esse expectandum, dum debitor moram faciat, ut ex ea stipulatione agi possit. Etiam sine mora debitoris usurarum stipulatio committetur dissimiliter, atque in bonæ fidei contractibus. Nec mirum, cum id exigat vis, & ratio stipulationis conditionalis, quæ conditione existente committitur. *L. pecuniæ, §. 1. hic.* Quod tamen sic accipiendum est, si quid sit omnino, quod debitori imputari
36 possit, cur non solveret. Quod † si nemo fuit, cui pecuniam solvere posset: æquum est, eius temporis moram debitori non nocere. *L. pecuniæ §. si tamen.* Ut hac ratione etiam in usuris, quæ per stipulationem debentur, verissimum sit, quod Paulus scribit, usuras non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium infligi. *L. cum quidam, §. si pupillo. hic.* Idemque in similibus conventionibus omnibus receptum est, quoties hæc conventio est, ut, *si pecunia a debitore sua die non solvatur*, debitor eo nomine aliquid præstet. Idque ex lege
commissoria intelligi potest, quæ † locum 37
habet, etsi non interpellatus debitor non
solvat. Et tamen † idem, si non habeat, 38
cui offerat, securus est. *L. si fundus, §. ult. de leg. commiss.* Ergo, ut videtur, quoties nemo erit, cui debitor pecuniam recte det, cum velit, toties sequentis temporis usuras non præstabit. Non ita est.
Sed † hoc spectabimus, an nunquam per 39
debitorem steterit, quominus pecuniam solveret, ne aut stipulatio committeretur, aut ex mora in bonæ fidei iudiciis usuræ inciperent deberi. Semel autem mora facta & stipulatione usurarum commissa, etiam si per creditorem stet, quominus debitor recte solvat, non tamen usuræ, quæ cesserint, deberi desinent, nisi pecunia oblata, & deposita fuerit. *L. evictis, §. ult. l. debitor, hic.*

Atque hæc de stricti iuris contractibus dicta sint. In iis autem iudiciis, quæ bonæ fidei appellamus, longe ius diversum est.
† In quibus in summa si quid convene- 40
rit, ex conventione: si nihil convenerit, tamen ex mora usuræ debentur. Exempla sunt pretii in emptione, & venditione, in locato, mercedis, in negociorum administratione, si quid alter alteri ex administratione debere cœperit, & quæ sunt eiusdem generis. *L. cum quidam, §. ex locato, & §. eos. L. evictis, L. mora, §. in bonæ fidei, L. & in contraria, L.*
quæsitum. §. ult. hic. † In emptione ta- 41
men, & venditione usuræ pretii non debentur ante quam possessio rei venditæ tradita sit, non dico ex mora: (nam id certum est, moram non fieri ab emptore, priusquam rem acceperit. Donec enim ei res tradatur, suo iure pecuniam dare recte recusabit. *L. Iulianus, §. offerri. L. qui pendentem, de act. empt.*) sed ne si convenerit quidem, ut usuræ præstarentur. *L. liberalitatis. §. 1. hic.*
Omnino enim † quibus in negociis pecu- 42
nia debetur propter aliam rem, quæ vice mutua præstari debet, nisi eius rei præstatio antecesserit, usuræ non debentur, ut non tantum in hoc genere intelligi potest,
sed etiam † in dote, quæ propter 43
onera matrimonii debetur. *L. cum post, §. do-*

44 *§. domum, de iure dot.* Itemque † in eo legato, cum heredi decem data sunt, & vicissim partem aliquam hereditatis dare iussus est. *L. facta, §. rescripto, ad Trebell.* Apparet enim in his, ut initio dixi, usuras pecuniæ institutas esse ad compensationem fructuum eius rei, quam debitor prius accepit, cuius nomine nunc pecuniam debet.

Interdum etiam mora non interveniente
45 in hoc genere usuræ debentur. Id † accidit in omni rerum alienarum administratione, quoties quis eius pecuniam, cuius tutelam, aut negocia administrat, in usus suos convertit. *L. 1. hic, L. qui sine, de neg. gest, L. tutor qui repert. §. si post. de adm. tut.*

Bonæ fidei iudiciis legata, & fideicommissa in hac caussa comparantur, quæ, quanquam ipsa bonæ fidei iudicia non
46 sunt: † usurarum tamen præstationem statim ex mora admittunt, itemque & fructuum. *L. 3. §. ult. L. usuræ. L. cum quidam, in fine, L. 3. in princip. L. equis. hic.* Quippe in his, ut in cæteris
47 omnibus, † latius voluntates defunctorum interpretamur. *L. in testamentis, de regul. iuris.* Quoque minus testator suam voluntatem implere nunc potest, qui mortuus est, eo magis, ut primo quoque tempore impleatur, post mortem eius laborandum est, ne quid contra, quam voluit, eveniat. Huc pertinet *L. 1. C. de sacrosanct. eccl.* Ex quo quidem efficitur, quod Paulus scripsit, si quis pecuniam ad statuas in civitate ponendas legaverit, neque heredes post tempus a Præside præfinitum posuerint: usuras reip. pendere debere, nimirum ex legato. *L. cum quidam, in fin. hic.*

Neque huic contrarium est, quod idem
48 dicit, † liberalitatis in rempublicam factæ usuras non exigi. *L. liberalitatis, in prin. hic.* Ab ipso enim testatore non exigerentur usuræ, si viveret, quia in persona eius liberalitas est. In persona autem heredis, a quo usuræ nunc exiguntur, liberalitas non est. Ipse enim ut legatum præstet, ex quasi contractu, non ex donatione sua obligatur. *§. heres, instit. de obligat. quæ ex quasi contr.*

Quod si in iis ex mora quoque ipsa
49 usuræ præstantur: † multo magis profecto post litem contestatam præstabuntur, ut est rescriptum in *L. 1. & L. 2. C. de usur. legat.* Quibus rescriptis non negatur, quin ante litem contestatam usuræ exigi possint. Utrumque enim verum est, & post litem contestatam præstandas esse, ut tum forte quæstio inciderat, ad cuius consultationem rescribitur: & si ante mora facta sit, etiam ante id tempus deberi: ut nunc dicimus.

Quare sit nobis hic locus iam conclusus, in stricti iuris iudiciis, usuras non nisi ex stipulatione deberi: in bonæ fidei contractibus, itemque legatis, & fideicommissis, usuras aut conventione, quæ quidem valeat ad agendum, aut sine ulla conventione etiam ex mora deberi.

Quæ si ita sunt: † falsum est quod quidam putant, post litem contestatam usuras semper deberi, etiam in stricti iuris iudiciis. Et quomodo tandem usuras petet, cui promissæ non sunt? Nam post litem contestatam nihil, nisi caussa actori præstanda est, in quo genere fructus continentur, ut semper fructuum post litem contestatam ratio habeatur. At in hoc numero usuræ non habentur. Nam hoc differte ab Ulpiano scriptum est, usuras vicem fructuum illas quidem obtinere: sed id in legatis, & bonæ fidei iudiciis observari. *L. usuræ, hic.* Sequitur igitur, ut neque peti possint, quarum nulla actio est: neque officio etiam iudicis, lite contestata, contineantur ad restitutionem. 50

Male vero ad confirmationem huius sententiæ his verbis Pauli abutuntur: *Lite contestata*, inquit, *usuræ currunt.* L. lite, *hic.* Nam his verbis quid aliud significat, nisi usuras lite contestata non desinere deberi, id est nihilominus currere? Quod in *L. 1. C. de iudic.* his verbis expressum est: *Iudicio cœpto usurarum stipulatio non est perempta.* Idque ideo traditum a Paulo, & illic rescriptum est, quia fuit quod dubitari posset ob id, quod † lite contestata novatio quædam fit, cum iudicio quasi contrahatur. *L. aliam, de novat. L. 3. §. penult. de pecul.* Ita, principali obligatione extincta, consequens fuit, ut usurarum tolleretur, quæ ipsa † nihil, nisi principalis obligationis accessio est. *L. 1. 2. de pec. leg.* Sed nos hac re moveri non decere his locis admonemur. Eaque ratio est, quod † eiusmodi novatio prodesse petitori, non nocere consuevit. *d. L. aliam.* 51 52 53

Ac de obligatione usurarum, quibus ex caussis in singulis generibus negociorum deberentur, dictum est. Sequitur de modo, qui lege constitutus est, supra quem usuras stipulari, aut exigere non liceat. De qua re extat Iustiniani constitutio in *L. eos, §. 1. C. eod. tit.* ad hanc ferme sententiam, † ut illustribus personis ad 54
tertiam dumtaxat partem centesimæ usuras stipulari & exigere liceat, idest trientem usuram. Cæteris, siquidem mercaturam exer-

exercent, besses usuras concedit, quorum magis interest: si mercatores non sint, permittit semisses, idest dimidiam centesimæ partem. Utrisque autem tam negociatoribus, quam minime negociantibus, centesimam usuram concedit stipulari certis in caussis, his, inquam, traiectitia pecunia: (sic enim vocamus eam, quæ trans mare vehenda datur, ut periculum interim sit creditoris, de qua postea a me dicetur) itemque in speciebus fœnori datis. Species autem accipe eas, de quibus supra diximus, in quibus usura pro usu intervenire potest, idest eas, in quibus mutuum etiam consistit, oleum, puta, frumentum, & cæteras generis eiusdem. In quibus graviores, quam in cæteris usuras stipulari permittitur propter incerti pretii rationem istarum rerum, quæ mutuæ dantur. Aliter enim vix fiat, ut non aliquo incommodo afficiatur creditor, qui pro magni precii rebus cogatur interdum accipere alias minoris multo pretii, nisi adversus hoc periculum cautione maiorum usurarum prospiciatur. *d. L. oleo, C. eod. tit.*

Ac loquitur quidem Iustinianus in hac constitutione de usuris, quæ ex negociatione cuiusque exiguntur, in quibus eum modum præstitoit, de quo dixi, quem vetat excedere. Alioqui sciendum est, quasdam esse præterea caussas, in quibus ex lege ipsa, & constitutionibus sine ulla stipulatione, aut mora, usura centesima exigatur. Hoc primum a Iustiniano ipso constitutum est in ea pecunia, quæ ex caussa iudicati debetur, ut post tempus statutum usuræ centesimæ eius pecuniæ currant. *L. ult. C. de usur. rei iudic.* Cui constitutioni non derogari superiore illa, quam nunc tractamus, *L. eos*, ex eo plus quam manifestum est, quod in hac posteriore superioris illius mentionem facit. Et nimirum in *d. L. eos*, vetat centesimam usuram exigere in aliis caussis ex stipulatione, aut ex consuetudine. Nunc autem hæc centesima pecuniæ ex caussa iudicati debitæ ex constitutione debetur.

Hoc idem ex constitutionibus receptum est in eo, qui pecuniam eius, cuius tutelam, aut negocia administrat, in usus suos convertit, ut eo nomine maximis usuris vice cuiusdam pœnæ subiiciatur. *L. qui sine, de negoc. gest. L. tutor qui repert. §. si post. de administrat. tut.* Ad quas constitutiones lex Iustiniani non pertinet, cum hic usura centesima neque ex stipulatione pupilli, neque ex mora officio iudicis exigatur.

Ita in summa quatuor caussæ reperientur, in quibus centesima usura locum habeat: in duabus ex stipulatione creditoris: in reliquis ex ipsis constitutionibus sine ulla stipulatione, aut conventione.

Circa hanc constitutionem hoc unum quæritur, † quid sit centesima usura. Quo 55
cognito, simul etiam, quæ sint usuræ trientes, quæ quincunces, quæ semisses, quæ besses, intelligetur. Nihil est enim aliud triens, nisi tertia pars centesimæ: semis, nisi dimidia pars, & ita deinceps: ut si usura centesima sit duodecim aureorum in annos singulos, semis usura sit huius summæ dimidia pars, idest sex aurei: triens, tertia pars, idest quatuor aurei: bes, octo unciæ, idest aurei octo. Sic enim † ve- 56
teres Romani cum totum aliquod partiri vellent, id ad assem redigebant, qui constabat duodecim partibus, quarum unaquæque *uncia* dicebatur: plures autem coniunctæ usque ad assem suis nominibus appellantur. *Sextans*, duæ unciæ, sexta pars assis videlicet: *quadrans*, quarta pars, tres unciæ: *triens*, tertia pars, quatuor unciæ: *quincunx*, quinque unciæ, & deinceps: ex numero unciarum appellatæ partes, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*, *as*. Idque non solum fecerunt in hereditate, cum hereditatis partes numerare, & partiri vellent, quod illos in hoc genere fecisse certum est: *L. servum, §. ult. de hered. instit.* sed in omnibus aliis rebus partiendis. Horatius in *Arte poetica:*

Romani pueri longis rationibus assem

Discunt in partes centum diducere, dicat

Filius Albini, si de quincunce remota est

Uncia, quid superat? poteras dixisse, triens, heu,

Rem poteris servare tuam, redit uncia, quid fit?

Semis, &c.

Hoc ergo & in centesima, reliquisque eius usuræ partibus intelligendum est, ut eum inventa erit centesima usura eius fortis, de qua quæstio est, tum deinde ea in alias partes dividatur ad rationem assis, quæ dicantur eius assis, quasi sortis quincunces, semisses, trientes, besses usuræ. Sic enim trientes ratione ipsius centesimæ dicuntur, sic semisses, & cæteræ: ut centesima as sit, & totum quoddam, cuius partes sint illæ minores. Sic autem dici semisses usuras, quasi dimidiam partem cen-

centesimæ, trientem quasi tertiam partem centesimæ, hoc quidem ex constitutione Iustiniani plus quam manifestum est. Huc pertinet *L. cum quidam, in fin. hic*. Relinquitur igitur, ut hoc solum quærendum sit, quid sit centesima usura.

De qua re iam inter doctos viros omnes constare video, centesimam usuram esse centesimam partem sortis in singulos menses, ut ita dicta videatur, quod ad sortem relata, centesima sit portio sortis. Alii hoc modo, centesimam usuram esse definiunt, quæ centesimo mense æquat sortem, quod eodem redit. Ut puta in centum aureos in singulos menses unus aureus, idest centesima pars, usura centesima est. Eadem centesimo mense æquat sortem. Cum enim centum mensibus uno quoque mense unus aureus præstitus fuerit, efficietur ad extremum summa centum aureorum, quæ principalis sors fuerat. Quod autem diximus, centesimam esse partem sortis in singulos menses, referri debet ad morem, & rationem veterum in fœnerandis pecuniis & promittendis constituendisque usuris, sicut a Budæo recte annotatum est, in *Annot. in Pandect.* Usuras enim in singulos menses stipulari solebant, non in singulos annos, ut indicat exemplum Pauli in *L. le-*
57 *cta, si cert. petat.* Ex quo † *Calendarium*
dictum est liber rationum, in quem pecuniæ fœnori datæ, & acceptæ referebantur, a *calendis*, quod pecunias in singulas calendas fœnerari solerent. Sic Africanus *servum calendario præpositum* dixit, qui fœnerandis, exigendisque pecuniis præpositus erat. *L. eius, si cert. petat.* Et Papinianus *calendarium exercere* pro eo, quod est eius generis negociationem exercere, ut pecunias colloces, ac fœneres usuris in singulas calendas, idest in singulos menses ad exactionem constitutis. Quamobrem erit more nostro centesima usura, duodecim pro centum in singulos annos: bes usura, octo aurei pro centum: semis, sex aurei, & deinceps pro ratione centesimæ.

Hoc modo usurarum constituto, non solum usuras petere, aut stipulari non li-
58 cebit, quæ hunc modum excedant: sed †
nec quicquam aliud in vicem usurarum, cuius æstimatio quantitatem iustæ usuræ superet. Non pœnam. *L. pœnam, hic. L. Iulianus, §. ibidem Papinianus, de act. empt.* Non fructus pro usu pecuniæ percipere, nisi admodum, & , ut loquitur Papinianus, ad finem legitimæ usuræ. *L. 1. §. ultim. §. de pignor.*
59 Quid ergo † si supra eum modum quis
usuras stipulatus sit? Iccirco erit stipulatio inutilis? Imo vero quod illicite adiectum est, pro non adiecto habebitur: quod reliquum est, usuræ licitæ peti poterunt. *L. eos, §. si quis. C. eod. tit. L. usuras. L. placuit hic.* Quippe cum tot stipulationes sint, quot res: duæ quodammodo stipulationes erunt, una utilis, & alia inutilis, nec vitiatur utilis per aliam inutilem, ut scribit Ulpianus in *L. 1. §. sed & si mihi, de verb. oblig.* Isto mo-
do † si quid amplius exactum sit, aut in 60
sortem imputabitur, eamque diminuet: aut, si nihil aliud, repetetur, *d. L. eos, §. si quis autem L. cum non frumentum. L. indebitas, C. eod. tit.*

Quod tamen diximus, qui fructus in vicem usuræ a creditore percipiuntur, si modum legitimæ usuræ excedant, ad iustum modum esse revocandos, *d. L. cum*
non frumentum, † sic accipiemus, si cer- 61
tum sit, fructus annuos fundi non alios esse posse, quam qui usurarum legitimum modum superent. Enimvero si ii erunt, qui natura loci eam quantitatem non excedant: non debet, quia forte plures fructus nasci possint, si id aliquando contigerit, conventio de fructibus percipiendis, quasi iuri contraria rescindi. Contingit enim id aliquando, non semper, & pauciores natura loci percipiuntur. *L. si ea lege, C. eod. tit.*

Accidit etiam aliquando, ut quod pluris esse videatur, voluntate debitoris iniustum fiat, nec legitimam usuram egrediatur. Ut cum mutua pecunia accepta convenit, ut vice mutua creditor debitoris domum inhabitaret, eoque modo, uti con-
venerat, usus est. Hic enim, † quamvis 62
plus domus redigeret, si locaretur, quam legitimarum usurarum ratio permittit: referri tamen quæstio eo nomine, quasi fraus legi fiat, non potest, ut est rescriptum ab Alexandro in *L. si ea pactione, C. eod. tit.* Recteque eo rescripto ratio reddita est, quia, ut potuerit maiore sorte contrahi locatio, hic tamen vilius conducta habitatio voluntate debitoris intelligitur. Constat autem in illius potestate esse, utrum pluris, an minoris locet.

Quibus expositis, si quid de usuris nominatim convenerit, de earum modo quid sequamur, non erit obscurum. Nam sive ad modum lege præstitutum aliquid convenerit, id sequemur: sive excesserit, tamen semper ad eum modum, qui legitimus est, redigetur quantitas usurarum.

Enimvero † in bonæ fidei iudiciis, cum 63
usuræ petentur ex mora, (id quod sine

ulla

ulla conventione fit) & modus arbitrio iudicis permittetur, quid fiet? Quem hic modum usurarum iudex constituet? Easne recte exiget creditor, quæ a Iustiniano cuique permissa sunt, puta senator trientes, mercator besses, alius semisses? Nequaquam vero hoc sic accipiendum est in his iudiciis, sed morem sequetur regionis iudex, & ex consuetudine uniuscuiusque modum statuet, tantummodo ne legem offendat, ut Papinianus scribit in *L. 1. hic*. Itaque si minores etiam usuræ in regione frequentabuntur, quam quas a Iustiniano permissum est stipulari, eatenus modum earum definiet: sin maiores, non excedet tamen eum modum, qui lege constitutus est a Iustiniano.

Atque hæc de modo usurarum iure constituta sunt: quibus efficitur, ne supra eum modum usuras stipulari, atque exigere liceat. Extat autem & in hoc genere alte-
64 rum legis caput, † ne usuras usurarum stipulari, aut petere possimus. *L. placuit, hic*. Cui legi cum fraus fieret a callidis hominibus, qui usuras in sortem redigentes, sic deinde tanquam sortis usuras exigebant, edita est Iustiniani constitutio, qua cautum est, ne liceat cuiquam usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, & earum iterum usuras stipulari. Et id si fieret, idem de eo statuit, quod prius de iis usuris diximus, quæ legitimum modum excederent, quatenus illicitæ essent. Extat constitutio sub eodem *tit. Cod. L. ultim.*

65 Ex hoc iure † nec pœnam, nec ullam aliam usuræ accessionem stipulari possumus. *L. pecuniæ, hic*. Eodemque exem-
66 plo, ac ratione, † nec usuras fructuum petere, nempe usuras accessionis, si modo tanquam fructus exigantur, quales sunt, qui a malæ fidei possessore ante litem contestatam condicuntur: quales, qui post litem contestatam officio iudicis præstantur, nimirum tanquam caussa. *L. neque,*
67 *hic*. Nam † si fructus ii sint, qui rem principalem efficiant, aut in ea computentur, quod accidit in fructibus hæreditatis, qui ante litem contestatam percepti augent hæreditatem, & tanquam hereditas petuntur: istorum usuras exigi posse, Papinianus author est in *L. heres, §. ult. de petit. heredit.* Quod sic accipiendum est, ut initio nummi, non si fructus, & species extent: sed si, iis venditis, pecunia a bonæ fidei possessore petatur. Aliter namque id non fit. *L. 1. Cod. de petit. heredit.*

68 Hoc iure posito, † illud quæsitum est, probanda sit eiusmodi conventio, nec ne, si quis forte, minoribus usuris ab initio promissis, maiores stipulatus sit hac conditione, *Si minores sua die solutæ non essent*, quasi hac conventione usura usuræ induci videretur, aut certe pœna usuræ, quod tantundem valet. Et omnibus Iureconsultis placet, & recte placet, eiusmodi conventionem legitimam esse, modo ne maiores usuras, quam legitimas, posteriore stipulatione comprehendamus, *L. pecuniæ, §. 5. hic. L. 1. §. penult. de pign.* scilicet ut intelligamus, graviores istiusmodi conventione ex eo tempore induci posse, ex quo in minoribus præstandis cessatum est: non autem, si recte minores sua die solutæ sint, post deinde cessatum sit, licere maiores exigere retroversus iam inde ab eo tempore, quo pecunia mutuata est, etiam pro iis temporibus, quibus usuræ minores recte solutæ fuerant. Quod ne conventione quidem effici posse, D. Marci rescripto effectum est. *L. cum quidam, hic.*

Ergo, quæret aliquis, † cum cessatum 69
erit, ex eo tempore maiores usuræ current, & deinceps præstabuntur? Præstabuntur sine dubio, si quidem ea fuit conventio, ut minoribus non solutis, maiores exigerentur. Sed in hac re conventio dominatur. Quid enim, si ita convenerit, ut si post unum, duosve menses cessatum fuerit, in maiores usuras debitor teneatur, deinde adiectum sit, ut deinceps per singulas pensiones ea conditio observetur, si conditione data usuræ non solvantur? Apparet, non id actum esse, ut, si semel cessatum sit, deinceps maiores exigantur: sed ita, quatenus per singulas pensiones cessatum fuerit. Unde eveniet, ut, quandiu minores conditione data solventur, non sit locus maioribus, quamvis prius forte in una pensione cessatum fuerit. *L. Seia, hic.* Duobus locis expositis, in quibus de caussa usurarum, & modo diximus, restat tertius, qui a nobis propositus est, quousque usuræ debeantur, & quando deberi desinant. Ac † trium caussarum desinunt de- 70
beri ex aliqua, si liberatus est obligatione sortis debitor, propter quam usuras debebat: si, manente sortis obligatione, usuras remisit: si usuræ ad duplum sortis pervenerint. Duplum enim excedere non possunt.

In primo genere † hæc numeranda sunt, 71
non dico si pecuniam solvit, aut exceptione aliqua liberatus est debitor, de quibus nemo ambigit: sed illa, de quibus fortassis nonnulla dubitatio sit, si pecuniam obtulit, &, recusante creditore, totam pecuniam obsignavit, & deposuit, quod pro solutione est. *L. 1. in fi. L. debitor. L. tutor,*

tutor, §. *Lucius*, *hic*. *L. acceptam*, *Cod.*
eod. Aliter enim ſola oblatione, aut partis
obſignatione non exoneratur. *L. evictis*,
in fin. d. L. tutor hic. Item ſi de ſorte
iudicio actum eſt, & iudicium ſententia
iudicis finitum. Ad diem enim ſententiæ
debitor uſuras debebit. Poſt condemna-
tionem, quamvis pecuniam adhuc debeat,
uſuras tamen non præſtabit. *L.* 1. §. *ult.*
72 *hic*. † Iudicati enim actione prior contra-
ctus novatur, ac mutatur, transferturque
totus in novam cauſſam iudicati. *L. ult.*
§. 1. *verſ. Si enim*, *C. de uſur. rei iud.*
73 Quid ergo † ſi iudex eam ſententiam
ferat, ut, ſi tardius ſententiæ condemna-
tus paruerit, futuri temporis pendantur
uſuræ? Saltem hoc caſu fortaſſe uſuræ
poſt condemnationem debebuntur vel ex
ſententia. Sed negat Papinianus, in iudi-
cio bonæ fidei, in ea re, quæ poſt ſen-
tentiam accidat, iudicem partes ſuas in-
terponere poſſe, *L.* 1. *hic*. ſcilicet quia
officio eius in iis iudiciis uſuræ debean-
tur ex mora. *L. quia tantundem*, *de neg.*
geſt. Id autem officium poſtquam ſenten-
74 tiam dixerit, ceſſat. Nam & † iudex tum
eſſe deſinit. *L. iudex*, *de re iudicat.* Ut
merito dixerit Paulus ibidem notans, nihil
pertinere ad officium eius futuri tempo-
ris tractatum. Quod ſi uſuræ ex ſtipula-
tione debeantur, non mihi quidem vide-
tur ille de iis etiam poſt condemnatio-
nem pendendis male eſſe pronunciaturus,
quia ea condemnatio iam præſentem cauſ-
ſam habeat, de qua pronunciet, nempe
ſtipulationem. Hucque referendum puto
reſcriptum DD. fratrum in *L.* 1. *C. de*
ſenten. quæ ſine cert. quant. prof. Facit
pro hac ſententia, quod Papinianus no-
minatim de iudicio bonæ fidei loquitur,
& eo, in quo ex officio iudicis uſuræ
debentur, ideſt, ex mora.
Hoc loco de præteritis uſuris, quæ iam
75 ante ceſſerant, quæritur, † an peti poſ-
ſint, cum debitor his modis liberatus erit,
quos diximus. Et extat Iuſtiniani conſti-
tutio, *L. eos*, *in princ. C. eod. tit.* qua
negat, liberato prorſus debitore ſive ipſo
iure, ſive per exceptionem, quod minus
eſt, uſuras præteriti temporis peti poſſe.
Principali enim actione non ſubſiſtente,
ſupervacuum eſſe ait ſuper uſuris, vel fru-
ctibus adhuc iudicem cognoſcere. Loqui-
turque generaliter de omnibus uſuris, et-
iam iis, quæ per ſtipulationem debentur.
In qua conſtitutione animadvertendum eſt,
non ideo removere illum uſurarum actio-
nem, quia per longiſſimum tempus ſolutæ
non ſint, ſed quia ſors ipſa deſierit deberi,
qua ſublata non ſit acceſſioni locus. *L. cum*
principalis, *de regul. iur. L.* 1. 2. *de pe-*
cul. leg. † Diverſum eſt, ſi per ſe annuum 76
aliquid debeatur, vel ex teſtamento, vel ex
ſtipulatione. Non enim ſi per totos triginta
annos nihil ex ea cauſſa ſolutum ſit, ideo
tota obligatio perimetur; ſed eorum dun-
taxat annorum, poſt quos alii triginta anni
interceſſerint; ſequentium autem integra
erit petitio, quia ſcilicet ſingulorum an-
norum, vel menſium, vel penſionum de-
nique ſua ſit obligatio, quæ ſuo quæque
tempore incipiat. Et ideo a quo anno,
vel menſe, quo rem quamque præſtari
oportet, ea præſtita non erit, ſi triginta
anni non intervenerint, manebit eius tem-
poris actio. Nec ad rem pertinet, quod
alia actio principalis ſublata ſit, quia hæc
ipſa annua obligatio principalis eſt, non
ut uſurarum, acceſſoria. *L. cum notiſſi-*
mi, §. *ult. de præſcript.* 30. *annor.*
Sed cum, reo condemnato, ſit adhuc
iudicati actio, qua teneatur: non imme-
rito dubitari poteſt, † ſi iudex nihil de 77
uſuris eo iudicio pronunciaverit, nec ſit
provocatum, num de uſuris ſuperioris
temporis, quæ competierant, actio mo-
veri poſſit. Et conſtat, in bonæ fidei iu-
diciis, ſi iudicatum ſit, moveri non poſſe.
Eſt enim in his una actio ſortis ex con-
tractu debitæ, circa cuius executionem
ratio uſurarum officio iudicis habeatur.
Id autem poſtquam iudicatum fuerit, ceſ-
ſat. *L.* 4. *C. depoſ. L. in bonæ fidei*, *C.*
eod. tit. L. centum Capuæ, & *L. ult.*
de eo, *quod cer. lo.* Num igitur idem
probandum eſt, ſi uſuræ per ſtipulatio-
nem promiſſæ ſint? Quomodo enim cum
ſemel cœperit actio, invito creditore,
tolletur? *L. habere*, *in fin.* §. *de evict.*
Et magis eſt, ut de his creditor eo uſ-
que agere poſſit, donec a debitore ſatiſ-
factum fuerit. Non enim hæc cauſſa re-
cte ſuperioribus per omnia comparabitur,
quia adhuc qui damnatus eſt, pecuniam
debet, tametſi in actionem iudicati actio
transfuſa eſt. Illic autem nulla actione de-
bitor tenetur.
Altera † cauſſa eſt, cur uſuræ non de- 78
beantur, ſi manente etiam obligatione cre-
ditor eas omiſerit. Id autem feciſſe intel-
ligendus eſt non tantum ſi ita convenerit:
(quod ſi iſto modo fieret tantum, nihil
nunc diceremus. Nullam enim iſta res du-
bitationem habet) ſed etiam ex reſcripto
D. Pii, quod huc pertinet, ſi per longum
tempus earum petitionem creditor omiſe-
rit. *L. cum quidam*, §. 1. *L. qui ſemiſ-*
ſes, *in prin. hic*. Longum tempus acci-
pe, ut in præſcriptionibus, decem inter
præſentes, vel viginti inter abſentes, ut
indicat Rubrica *de præſcript. long. temp.*
10. *vel* 20. *anno.* Atque hoc modo cum
exce-

exceptio adversus creditorem nascatur, quasi eas omiserit, nec petendas putaverit: apparet, non tantum in futurum eas exigi non posse, sed ne eas quidem, quas creditor tandiu petere destiterit. *d. L. cum quidam*, §. 5.

79 Reliquum † ius est de usuris, ut, quamvis manente obligatione, nec quicquam omittente creditore, tamen eum ad duplum sortis earum quantitas excreverit, amplius exigi non possint. *L. pen. C. hic*. Quod ius ita acceptum erat ex constitutionibus, ut usuræ per tempora solutæ, ideft per vices suis quæque temporibus, non proficerent reo ad dupli computationem, sed tunc demum, eum tempore solutionis summa usurarum excederet eam computationem: ut puta si per ducentos, & eo amplius menses in usura solvenda cessatum sit, & ea summa totius præteriti temporis nunc petatur. De qua re extat rescriptum Antonini in hæc verba: *Usuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem*. Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. *L. usuræ, C. eod. tit.* Sed hoc emendatum est postea, & constitutum a Iustiniano, ut particulares etiam usurarum solutiones in duplum computentur. *Novell.* 121. & 138.

Obiter autem hoc loco † de rescripto Antonini, quo illa interpretatio accepta erat, admonebimus (quando de eo magnam fuisse dubitationem inter viros doctos video) nihil referre, utrum affirmative legamus, hoc modo: *Tunc enim ultra sortis summam usuræ exiguntur:* an negative, *usuræ non exiguntur*. Quamquam enim verum est usuras supra duplum exigi non posse: non tamen, qui dicit eas supra duplum exigi, cum tempore solutionis summa usurarum excedit duplum, ideo etiam id iure fieri dicit. Sed legem Antoninus de non exigendis usuris supra duplum interpretatur, ut si constiterit, supra duplum aliquid peti, continuo intelligatur iure id fieri non posse, nec amplius usuras exigi. Sic utraque lectio eandem vim habet. 80

C A P. I I.

De Nautico Fœnore.

S U M M A R I A.

1. Fœnus nauticum, usura nautica, *sive maritima quid sit, & unde nomen traxerit.* & n. 4.
2. *Eius modus.* & n. 6.
3. *Ex sola conventione citra stipulationem peti potest.*
4. Traiectitia pecunia *quæ, & unde dicatur.* & n. seqq.
8. *Navigat periculo creditoris.*
9. *Usuris nauticis periculi pretium continetur.*
10. *De pretio periculi. Exponitur* L. periculi pretium, 5. D. de nautic. fœnor. & n. seqq.
11. *Differentia inter aleam, & conventiones, promissionesque conditionales.*
13. *Quod in alea lusum est nec debetur, & repeti potest.*
14. *Conditionis impletæ effectus tum quoad usuras nauticas, tum quoad pœnam promissam.*

ATque hæc de usurarum omnium iure in universum nobis exposita sunt. Sed cum antea traiectitiæ pecuniæ mentionem fecerimus, quo in genere de usurarum ratione ius a cæteris caussis longe diversum, ac prope singulare esse docuerimus: nunc res postulat, ut quod illic commode non potuimus, nisi ordinem docendi institutum impedire vellemus, hoc loco, quid sit traiectitia pecunia, & quæ sit istius singularis iuris ratio, omninoque quæ sit sententia eius Tituli, qui *De nautico fœnore* inscribitur, separatim explicemus.

1 † Nihil est enim aliud fœnus nauticum, sive usura nautica, sive mavis cum Paulo *maritimam* dicere, *L. fœnerator, hic*, nisi usura, quæ in hoc genere traiectitiæ pecuniæ observatur. Ac iuris quidem in his summa hæc fuit. Cum enim statuissemus, usuras communiter neque citra stipulationem promissas deberi, neque amplius, quam besses in mercatorum negotiis fere exigi posse: utrumque hoc in pecunia traiectitia diversum esse diximus. Nam † & centesimas usuras, ideft maximas, hic stipulari licere ostendimus ex constitutione Iustiniani in *L. eos, C. de usur.* cum antea quascunque stipulari liceret. *L. 4. hic*, & † præterea has ipsas ex sola conventione citra stipulationem pro- 2 3

promissas peti posse. *L. in quibusdam, hic*. Quid sit igitur traiectitia pecunia, cognoscendum est.

4 Traiectitiam pecuniam † eam dicimus,
quæ trans mare vehitur periculo creditoris, *L. 1. hic*. ut appareat, *traiectitiam* dictam esse a *traiiciendo*, quod scilicet trans mare *traiiciatur*. Ex quo etiam usura ipsa nomen habet. Quia enim pecunia hæc mari vehitur, idque efficitur opera nautarum navibus, usura etiam, quæ pro ea pecunia penditur, ex re ipsa, & *nautica*, & *maritima* est appellata.

Sed, quam vim habeat superior illa definitio, paulo pluribus considerandum est, ne usuram traiectitiam eam, quæ non sit, accipiamus, & ob id in usurarum nauticarum iure hoc errore labamur. Placet
5 igitur primum, † traiectitiam eam esse,
quæ trans mare vehitur: ut si eodem loco pecunia consumatur, in hoc numero non sit. Veruntamen intelligendum est, eam etiam pro traiectitia habendam esse, quæ ibi consumatur, si modo ex ea merces comparatæ sint, quæ periculo creditoris traiicerentur eadem ratione. *L. 1. hic*. Idemque de omni alia dicendum est, quæ ipsius pecuniæ traiectitiæ caussa a creditore impendatur, utputa si quid pro operis servi traiectitiæ pecuniæ caussa secuti, proque omni alia pecunia, quæ propter absentiam servi creditori abest, cre-
6 ditor usurarum nomine stipuletur. Nam †
& centesimam stipulari potest, eaque exigi poterit eatenus, ut ne ultra duplum debeatur. *L. nihil, hic*. Quamvis enim nautica usura sit, licueritque vel maximas usuras olim propter periculum pecuniæ stipulari: non tamen aut usura usurarum, aut ultra duplum exigi potest. *L. si non sortem, in princip. de condic. indeb.*

Non est satis pecuniam trans mare vehi, ut traiectitia sit, & in eius pecuniæ usuris aliquid diversum a cæteris obser-
7 vetur. Hoc † addendum est, pecuniam
traiectitiam esse, si modo periculo creditoris traiiciatur, idest hac lege, ut ita demum petitio eius sit, si navis salva intra statuta tempora pervenerit. *d. L. 1. L. fœnerator*. Versic. *sed cum traiectitia*. *L. in quibusdam, hic*. Quo fit, ut, sive pecunia sine periculo creditoris accepta sit; sive post diem constitutum, & conditione impleta periculum creditoris esse desierit, iam maius aliis usuris legitimis fœnus non debeatur: in priore quidem specie, semper: in altera vero, discusso periculo. Verba sunt Papiniani in *L. nihil, hic*.

Cum autem periculo creditoris pecunia
8 naviget, apparet, † si interim navis pe-
rierit, debitorem nihil debere, eoque nec merces, si quæ in ea nave fuerunt, debitoris creditori obligatæ, nec si alibi aliæ fuerunt, eas amplius teneri. Frustra enim de pignore quæritur, cum nulla est obligatio principalis. Huc pertinet *L. fœnerator, hic*. Neque vero mirum est, maximas usuras in hac caussa stipulari licere,
atque eas etiam ex pacto deberi. † Non 9
tam enim illæ usuræ sunt, quæ supra traiectitiam pecuniam exiguntur, quam precium eius periculi, quod creditor interim sustinet, & præstat, si conditio defecerit. *L. periculi, hic*.

Ex quo quidem a Scævola tractatum
est, † an similiter idem admittendum es- 10
set in omnibus caussis, in quibus conditio quævis adiecta esset, qua existente, aut non existente, pecuniam creditor recepturus esset; contraria autem existente, amissurus, ut augeri obligatio pecuniæ creditæ posset vel solo pacto. Et putat, eadem de caussa esse admittendum, videlicet quia eiusmodi omnis pecunia, quæ præter sortem in his caussis in conventionem deducitur, non tam usura videri debeat, quam eius periculi precium, quod in iis conditionibus interim creditor sustinet. *L. periculi. hic*. Cuius rei exempla hæc affert, si pecuniam ad apparatum manumissionis, vel ad profectionem tibi credidissem, ut, si manumittas quos voluisti, pecuniam mihi cum usuris, aut alia summa reddas: si hac conditione, ut, si illud facias, reddas; non reddas, si non facias: si medico credidero, ut, si convalescerem, non redderet: reciperem autem, si intra illud tempus non convaluero. Nonnullaque item alia ab illo explicantur, in quibus omnibus putat, conditione pœnali quavis, quæ vel expressa erat, vel intellecta, existente, qua existente convenit, ut pecuniam reciperem, non tantum ipsam pecuniam, quæ credita est, exigi posse: sed etiam quod præter sortem vel solo pacto promissum est, propter periculum.

Excipit Scævola † eas caussas, in qui- 11
bus pecuniam dando res in aleæ speciem cadit. *Si modo*, inquit, *in aleæ speciem non cadat*. Deinde exempla subiicit ea, in quibus ostendat, rem in aleæ speciem non cadere. Cuiusmodi sunt *ea*, inquit, *ex quibus conditiones* nascuntur, vel *nasci solent*, significans, eas conventiones ab aleæ specie remotas esse, in quibus conditio ducta est ex iis factis, quæ usum in rebus & negociis humanis habent, & ex quibus vulgo conditiones nasci solent: tametsi eæ conditiones ex fortuna forte

pen-

pendeant, ut illa, *si pisces ceperis*, *si viceris*, quæ postea ab eo subiiciuntur. Ex quo illas in aleæ speciem cadere innuit, cum sola recipiendæ pecuniæ spes sine ullo alio negocio civili aut ex fortuito tesserarum iactu, aut punctorum conversione, ut in chartis nobis suspenditur, in quibus omnibus inest alea. Denique cum lucrum ex alea captatur hac conditione puta, ut si ille iactus ceciderit, pecuniam amittam: sin minus, ut eandem pecuniam,
12 & alterum tantum recipiam. Quibus † non dissimile est, quod in eo ludicro fit, quod vulgo & in Gallia, & in Italia exercetur, quam *Blancam* vocant, cum pecunia ita confertur a multis, & magistro ludi datur, ut si qua chartula ad nomen responderit forte sumpta: is, cuius nomen est, præter pecuniam aliquid ferat. Has conventiones nimirum improbat Scævola:
13 quia in speciem aleæ cadant. † Certum autem ius est, nec de eo, quod ex alea debetur, actionem esse: & de eo, quod amissum est, esse repetitionem. *L.* 2. 3. *& ult. supra de aleæ lusu.*

Restat, ut, cum traiectitia pecunia, aut alia simili aliqua conditione data est, eius conventionis vim consideremus. Et apparet, † cum conditio evenerit, pecu- 14
niam peti posse cum usuris. Quid, si convenerit, ut intra certum tempus ea solveretur, & nisi daretur, pœna subiecta est, ut fieri solet? Et extant de huius generis conventione, quando pœna committatur, nonnulla capita sub hoc titulo ad hanc sententiam, ut si eo die pecunia soluta non sit, qui primus solvendæ pecuniæ venit: pœna committatur, etiam si nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet. *L. ult. hic.* Nec iniuria, cum ea pecunia ex conventione, non ex mora debeatur. Quod tamen sic accipiendum est, nisi ante ea pecunia creditori oblata sit, ac per eum steterit, quominus eam acciperet. *L. penult. hic.* Non enim, ut de mora disputavimus, debet reus teneri conditione existente, qui non teneretur, si moram creditor in pecunia accipienda non fecisset. *L. qui decem, de solut.*

Dixi de usuris. Nunc dicam de fructibus, qui rebus petitis, una cum re veniant, & quo ex tempore eorum ratio in singulis iudiciis habeatur.

C A P. III.

De Fructibus.

S U M M A R I A.

1. Fructus *unde dicatur*.
2. Frui *quid sit*.
3. *Fructus proprie quid sit*.
 4. *Quid in latiori significatione*, & n. seqq.
5. *Fructus rei est etiam pignori dare licere*.
6. *Usuræ vicem fructuum obtinent*.
7. *In bonæ fidei iudiciis ratio habetur moris*, *& consuetudinis*.
8. *In omnibus iudiciis post litem contestatam fructus cum re petita restituendi, etiam qui percipi potuerunt*, & n. 51.
9. *Iudici omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur*.
10. *Iudicis officio tale quidque reddendum, quale fuit, cum peteretur*.
11. *Nec nudæ propietatis, neque usufructus petiti computantur fructus*.
12. *Fructus ante litem contestatam percepti an veniant in restitutionem. Ac primum an restituendi in actionibus in personam*, & n. seqq.
 13. *Veniunt, si convenerit, ut cum re & fructus præstarentur*.
14. *Quid contineatur fideicommisso si heres rogatus sit* quicquid ex bonis superérit *post mortem suam restituere*, *vel* quicquid ad se pervenerit *ex bonis defuncti restituere*.
15. *Stipulatio* rem dari, vacuamque possessionem tradi, *quid contineat*.
16. *An rei debitæ fructus post moram debeantur*, & n. seqq.
 Debentur in bonæ fidei iudiciis, in legatis, & fideicommissis: non tamen in aliis iudiciis stricti iuris, ibid.
 17. *Contrariis argumentis occurritur*, & n. seqq.
19. *Id quod interest, in strictis iudiciis post moram debetur ex obligatione faciendi, non ex obligatione dandi*, & n. seq.
20. *Bartoli sententia reiicitur*.
21. *Fructus in strictis iudiciis debentur ex eo die, quo primum condictio natu est, ubi rem nostram petimus, quæ apud alium sine caussa sit. Exponitur* L. videamus, 38. D. de usur. *& n. seqq.*
23. *In condictione ob caussam dati, caussa non secuta, quorum fructuum ratio habeatur*, & n. 24.
25. *Fructus ex quo tempore sint restituendi in actionibus ex maleficio*.
 26. *Ex quo tempore in actione Pauliana, & Faviana*.
27. *De fructibus restituendis in actionibus in rem*. & n. seqq.
28. *Quos fructus malæ fidei possessor, & qua actione restituere cogatur*.
29. *Quos fructus restituat bonæ fidei possessor*, & n. seqq.
30. *Bonæ fidei possessor quis*.

31.

31. *Bona fides præsumitur.*
32. *Fructus pendentes sunt pars fundi.*
33. *Fructus non iure seminis, sed iure soli percipiuntur.*
34. *Bonæ fidei possessor fructus perceptos suos facit, eos tamen, quos* industriales *vocant, non autem* naturales, *nisi consumptos*, & n. 36. 37. 47.
35. *Quid sit* percipere, *quid* fructus percepti.
37. *Exponitur* L. bonæ fidei, 48. D. de acq. rer. dom
38. *Quinam fructus* industrialium, *ut vocant, genere contineantur*, & n. 39.
40. *Quinam fructuum* naturalium *genere.*
41. Pratum *unde dictum.*
42. *Fructus bonæ fidei possessori acquiruntur simul, atque a solo separati sunt a quocunque.*
43. *Bonæ fidei possessor fructus perceptos, & nondum consumptos non restituit*, & n. seqq.
44. *Ad iudicis officium pertinent quæ post litem contestatam, non quæ ante acciderint nisi in iudicium deducti sint.*
46. *Fructus* extantes *Auctori sunt fructus pendentes.*
48. *Bonæ fidei possessor fructuum consumptorum nomine an teneatur, quatenus locupletior factus est.*
49. *Fructus, & pretia rerum hereditariarum computantur in hereditate.*
50. *Rei vindicatione non petuntur, nisi res, quæ extant, quasve possessor dolo malo desierit possidere.*
52. *An post rem iudicatam fructus restituendi*, & n. seqq.
53. *Tempus, quod iudicatis datur, dilationem, non lucrum affert.*
54. *Moram facere quis non intelligitur quo tempore per leges conveniri non potest.*
55. *Officium iudicis idem prope in iudiciis arbitrariis, atque in bonæ fidei iudiciis.*
56. *In utrisque in litem iuratur.*
59. Dependere *quid significet.*
60. *Ex fructibus restituendis deducuntur impensæ eorum gratia factæ, etiam a malæ fidei possessore*, & n. 61.
62. *Fructus intelligitur deductis impensis.*
63. *Lucrum intelligitur deducto damno.*

SEd primum videndum est de verbo,
cuius vis late patet. Aliter enim quod
quærimus, & quid in hanc restitutionem,
fructuum nomine veniat, intelligi non po-
1 test. Ac † *fructus* quidem a *fruendo* di-
2 ci constat. † Est autem *frui* re aliqua,
quæ eius rei commoda sunt, percipere,
eaque ipsa ad usum suum, utilitatemque
transferre. Hinc fructus rei, quicquid res
3 ad usum nostrum pariat. Itaque † proprie
fructus dici eos certum est, qui ex cor-
pore cuiusque rei percipiuntur, ut ex agris
frumenta, legumina: ex arboribus nuces,
poma: ex animalibus animalium fœtus, lac,
4 pilus, lana, & cætera eiusmodi. † At hac
similitudine omnis obventio, omnisque re-
ditus, qui ex re quaque percipitur, et-
iam si extrinsecus venit, generaliter vel
fructus dicitur, vel in fructu numeratur.
L. usufructu legato, de usufruct. Cuius-
modi sunt prædiorum urbanorum pensio-
nes, quæ ex locationibus percipiuntur,
cum alioqui prædia ex sese nullum fru-
ctum pariant: itemque cæterarum rerum
locatarum mercedes, servorum operæ, ve-
cturæ navium, atque iumentorum. *L. an-
cillarum, & L. mercedes, de petit. hæ-
redit. L. Prædiorum, & L. videamus,
hic. L. cum servus legatus, §. 1. de le-
gat.* 1. Ex quo efficitur, ut, cum de fru-
ctibus restituendis agetur, illa omnia æsti-
mentur, in eamque restitutionem veniant,
*d. L. videamus, & L. cum servus, de
legat* 1.

Quin etiam si res erit aliqua incorpo-
ralis, puta ius eundi agendi, quod peti-
tum sit, in fructibus numerabitur, si quod
erit commodum eius, quod petitor ha-
bere posset, si sibi ea re uti licuisset: ideo-
que id æstimabitur etiam in rei restitutio-
ne. Finge, aliquo incommodo esse affe-
ctum, dum difficiliore, aut longiore via
usus est, & pluris ob eam caussam operas
in fundum conduxisse, aut etiam aliunde
servitutem vel emere, vel pluris condu-
cere coactum, *d. L. videamus, in fin hic.*

Itaque res eo evasit, ut in fructu cuius-
que rei esse intelligatur commodum omne,
omnisque utilitas, quam ex usu eius rei
percipere liceat. Inde dictum est, † fru- 5
ctum rei esse, vel pignori dare licere.
L. ult. hic. Quid enim, si dum fundum
meum detines, & eius mihi controversiam
facis, non potui pecuniam mutuam repe-
rire ad evitandam vel pœnam, vel aliud
incommodum ob id, quod fundum non
habui, quem pro ea pecunia pignori da-
rem, cum alioqui paratus esset, qui mihi
pecuniam crederet, si certum pignus illi
constituerem? Hiccine parvum commo-
dum rei meæ esse intelligitur in eo, quod
pignori dare potui? Ergo hoc commodo
quia carui, quod rem non dares, id simi-
liter, ut in fructibus, æstimabitur.

Hinc etiam vere dictum est, † usuras 6
vicem fructuum obtinere: quippe quæ lo-
cata pecunia ex eius usu percipi possint.
L. usuræ, hic. Quam ob caussam fit et-
iam, ut earum ratio in bonæ fidei iudi-
ciis, & legatis post moram habeatur: sci-
licet, quia in his post moram debeantur
fructus. Re vera tamen in fructu non
sunt: quia neque ex corpore rei perci-
piantur; neque, si verum iudicare volu-
mus, ex usu rei, cum pecuniæ nullus sit
usus, nisi pecunia consumatur. Qui usus
rei

rei non est, sed abusus. Quo pertinet *L. usura, de verb. significat.* Quo fit, ut nec post litem contestatam in stricti iuris iudiciis usuræ peti possint, cum alioqui omnes fructus rei ex eo tempore æstimentur. Nimirum in iis rem, uti est, sic ex-
7 pendimus. † In bonæ fidei iudiciis moris, & consuetudinis ratio ducitur. *L. quod si nolit, §. quia assidua, de ædil. edict.* Moris autem est pecuniam fœnerare, ex qua usuram colligamus. Ideoque earum in his iudiciis rationem habemus.

Ac de vi huius verbi satis. Nunc ubi fructus, & ex quo tempore restituendi
8 sint, videamus. Iam † primum illud extra omnem controversiam est, in omnibus tam in personam, quam in rem actionibus post litem contestatam fructus omnes esse una cum re petita restituendos, non modo eos, qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt. Si quidem omnis caussa post id tempus restituenda est, hoc est id omne, quod petitor haberet, si eo tempore, quo res petita est, restituta esset: in quo genere sunt fructus. Id quod cum primo in actionibus in rem constitutum esset, *L. illud, de petit. heredit. L. Præterea de rei vindicat.* post etiam ad extremum in actionibus in personam receptum est. *L. videamus, § si actionem, hic. L. cum fundus, in prin. si cer. pet.* Quod nunc non ita dicimus, si mora facta sit, fructus post litem contestatam esse restituendos: sed etiam si facta non sit. *L. 3 hic.* Id ex eo efficitur vi-
9 delicet, quod † iudici statim, atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur: ne cui forte novum videatur, eius rei in stricti iuris iudiciis rationem haberi post litem contestatam, cum res ipsa deberetur, non fructus. *L. Ædiles, §. sciendum, de*
10 *ædil. edict.* † Est autem longe æquissimum iudicis officio tale quidque reddi, quale est, cum petitur. *d. L. vulgo, L. videamus, §. si actionem, hic.* Quod sane non hoc loco tantum, sed in omnibus aliis, cum fructus restitui dicemus, sic accipiendum erit, si etiam rei petitæ ulli sint fru-
11 ctus. † Quid enim, si res petita sit ab eo, qui nudæ proprietatis dominus erat? hic quidem, re etiam recepta, nullos fructus percepisset. Quid, si usufructus petitus sit? usufructus fructus non recte computabitur. Quod ego non monerem, (est enim in promptu) nisi apud Caium *hic* extaret in *L. videamus.*

Ac post litem quidem contestatam de fructibus restituendis, ut dixi, ius certum
12 est. † Num etiam qui ante litem conte-

statam percepti sunt, æstimandi sint, saltem post moram, iuris est non perinde exploratí. In quo explicando genera actionum nobis distinguenda sunt. Aliud enim in actionibus in rem iuris est de possessoribus rerum nostrarum, aliud in actionibus in personam de iis, qui nobis rem aliquam ex obligatione debeant, in qua reddenda moram fecerunt. De actionibus in rem posterius videbimus. Nunc de actionibus in personam dicemus.

Ac primum † neminem hic iuste dubi- 13
taturum arbitror, si ita convenerit, ut una cum re fructus quoque eius statim præstarentur, quin ex ipso obligationis contractæ die fructus peti possint, quia id ita actum sit. Cuius rei in legatis exem-
pla sunt, † si rogetur heres, quicquid ex 14
bonis superérit, post mortem suam Titio restituere, in quo non tantum corpora, quæ supersunt, sed fructus omnes iure voluntatis post mortem heredis restitui oportet, si quis item rogatus sit, quicquid ad se pervenisset ex bonis defuncti, id alii restituere: in quo omnia quæ ad illum pervenerunt, continentur: quamvis forte restitutio eius fideicommissi in certum tempus dilata sit favore fideicommissarii. *L. 3 § nonnunquam. & §. sequen. cum Pollidius. L. mora, §. 1. & seq. hic.* Idemque in omni stipulatione, atque alia conventione intelligendum est, si nominatim id convenerit. Cuius generis exem-
plum est in hac stipulatione, † si quis ita 15
stipulatus sit, *rem dari, vacuamque possessionem tradi.* Hic enim propter inferiora verba, *vacuamque possessionem tradi,* fructus postea captos actione incerti ex stipulatu creditor consequetur, ut Papinianus *hoc Titulo* scribit in *L. 4.* Non quod horum verborum, si per se sola in stipulatum deducta sint, ea vis sit, ut fructus iis contineantur: *L. 3. §. 1. de act. empt.* Sed quod in stipulatione proposita illis verbis superioribus, *rem dari,* subiecta non aliam sententiam habere intelligantur, nec ob aliam caussam adiecta, nisi ut non res solum, sed fructus etiam rei caperentur. Alioqui, ut fructus non præstentur, satis erat quem stipulatum esse rem dari. Nunc cum illud præterea adiecerit creditor, *vacuamque possessionem tradi,* non rei solius datione contentus fuisse videtur, sed præterea aliud requisisse, nempe, idest non vacuam rei possessionem, sed effectum vacuæ possessionis cogitasse. Nisi forte frustra hæc verba inferiora adiici putamus Quod admittendum non est, arg. *L. si quando, in princ. de legat.* 1. Itaque non singulas hasce sti-

pulationes, *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, fructus continere, nunc dicimus. Multis hoc quidem locis, minimeque dubiis testatum est, non contineri. *d. L. 3. §. 1. de act. empt. L. si filiusfam. §. ult. L. in conventionalibus, §. ult. de verb. obligat.* Sed quod hæc verba inter se coniuncta, & conduplicata sint: id vero esse caussæ dicimus, cur in ea stipulatione fructus contineantur. Continetur etiam & partus, quanquam hic in fructu non sit. *L. equis, L. in pecudum, hic.* Qui tamen non contineretur, si solum *rem dari* quis stipulatus esset. His enim verbis sive factum nudum rei promittendi spectes, nihil aliud continetur, nisi ut res, quæ promissa est, tradatur: sive effectum dominii transferendi cogites, ut re danda creditor dominus efficiatur: nihil, nisi res ipsa dari debebit. Est enim aliud res ipsa, aliud rei partus. Idemque etiam vel multo magis in emptore dicendum sit, si idem novandi animo stipulatus fuerit. Quia hoc casu venditor, non de effectu dominii cogitasse, sed de tradenda solum re intelligatur. Veruntamen, ut dixi, propter inferiora verba partus etiam continebitur *d. L. 4.*

Sed ne hæc quidem, ut proposui, ullam dubitationem habent, in quibus voluntas contrahentium, aut testatoris ius

16 facit. † De eo queritur, si res sola aliqua in obligatione erit, quæ tamen non statim a debitore soluta sit, qui fructus interim ex ea re aut percepti sunt, aut percipi potuerunt, si statim soluta esset: utrum una cum re petita hi æstimandi sint, necne, si minus ex quo res deberi cœpit, at

17 saltem post moram debitoris. † Et receptum est in bonæ fidei iudiciis, nec non in legatis, & fideicommissis post moram omne commodum rei petitori præstandum esse: ita etiam & fructus, & partus. *L. 3. in princip. L. equis, L. mora, 1. L. usuræ. hic.* In stricti iuris iudiciis nullo modo, nisi pro iure perpetuo quod a nobis supra expositum est, tum, cum iudicium acceptum fuerit. *L. videamus, §. si actionem, hic.*

18 Nec moveor, † si quis obiiciat etiam in his id, quod interest, præstandum esse post moram: ergo etiam fructus, cum no-

19 stra intersit fructus percepisse. Nam † in ea sum sententia, ut ne id quidem, quod interest, post moram in strictis iudiciis venire putem in re debita non soluta; tantumque existimem, id præstandum esse in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio, §. ult. L. si calendis, de re iudicat. L. stipulationes non dividuntur, §. Celsus, de verb. obligat.* Itaque concedam, eum, qui certa die fundum præstari stipulatus sit, si per promissorem steterit, quominus eo die præstetur, consequi debere, quanti intersit sua moram factam non esse: scilicet quia eo die factum non sit, quod fieri debuit, ac non propter moram tantum. *L. si fundum certo die, de verb. obligat.* Illud non concedam, qui rem simpliciter dare promiserit, si interpellatus moram fecerit, ex eo tempore fructus, vel quod interest, stipulatorem consequi posse, quia verum non sit, reum non fecisse quod promiserit. Ut enim hodie non det, cras tamen dare poterit. At hoc solum dare promisit.

Quod si certus dies adiectus sit: hic quoque haud scio, an recte dixerim, id quod interest, ex eo tempore præstandum esse, propterea quod id actum sit. Et fane de mora non aliud constitutum est in his iudiciis, nisi ut post moram perpetuetur obligatio. *L. si servum, §. sequitur, de verb. obligat.* Quo non arguitur, etiam fructus ex eo tempore, cæterasque accessiones deberi. Ut enim, cum res ipsa extat, quæ in stipulatum deducta est, non idcirco fructus deberi intelliguntur: ita nec cum res extare fingitur, quod fit post moram. Nam † illud non est probabile, 20 quod a Bartolo in hac re dicitur, fructus quidem peti posse mora facta, verum non tanquam fructus, sed tanquam id, quod interest. Et addit longe hæc diversa esse. Quid enim si homo aliquis nobilis fundum petat ab homine rusticano? Potuit, inquit, rusticanus iste fundum, ut pro instituto vitæ diligentissime exercendo, uberrimos fructus capere: non item nobilis, qui tantum operæ in colendo non sumeret. Sic fit, ut si post moram fructus præstandi sint, ii sint præstandi, quos rusticanus possessor perciperet. Sin tanquam id, quod interest, in restitutionem, & condemnationem venient: id tantum æstimandum sit, quod ipse petitor percepturus fuerit. Idest enim, quod eius interest, quod ipse habuerit. Quod quidem mihi ridiculum videtur. Quasi vero nobilis ille, quem fingit, alias operas rusticanas adhibere non potuerit, per quas eodem modo fundum colendo tantundem perciperet. Non enim hoc loco quærimus, quid ipse petitor per se ipse percipere potuerit, qui nunquam fortasse fundum attingeret: sed quid per alios. Quod cum de fructibus post moram agitur æstimandum est. *L. fructus. L. si navis, §. ult. de rei vindicat.*

Enim-

21 Enimvero † quod fructus negamus in stricti iuris iudiciis post moram præstandos esse, de iis actionibus accipiendum est, quibus eam rem petimus, quæ nostra non fuit: certe non ob id petimus quod nostra fuerit, sit autem apud alium sine caussa, *d. L. videamus*, *§. si actionem*. Quod si ea actio sit, per quam eam rem petamus, quæ nostra fuerit, ob eam caussam, quod sit apud alium sine caussa: quo in genere sunt omnes speciales condictiones de rebus nostris repetendis, quæ ad alios sine caussa pervenerunt, ut condictio ob caussam dati, caussa non secuta, condictio indebiti, condictio sine caussa: in hoc genere, inquam, non tantum res ipsa condicetur, sed etiam fructus. At non ex mora tantum, ut vulgo putant, sed ex ipso die obligationis contractæ, idest ex quo res nostra ad alium pervenit. Hucque referri debet, quod Paulus hic de iis tractat in *L. videamus*, *in prin.* quanquam parum ad id quidem, quod quærimus, enucleate. Fructus enim restituendos in iis esse dicit, neque illud explicat, de quo maxime dubitabatur, ex quo tempore. Deindeque omnes alias actiones, de quibus postea loquitur, confundit. In omnibus enim hoc solum scribit, fructus præstandos esse, ut in superioribus: eum tamen constet, magnum esse inter omnes eas discrimen pro ea distinctione, quæ hactenus a nobis exposita est. † Sic igitur

22 nobis hic locus expediendus est, ut statuamus, in his actionibus, & condictionibus fructus omnes restitui debere, ex quo die primum nata condictio est.

De fructibus quidem perceptis dubitandum non est, quin eatenus restituendi sint, quatenus ex iis ad debitorem pervenerit. Naturalis enim in his restitutio est, nec quicquam magis naturale, quam ut quod nostrum est apud alium sine caussa, id restituatur, nec quisquam cum aliena iactura locupletior fiat. *L. 1. de condict. sine caus. L. indebiti. L. nam hoc natura. L. si non sortem*, *§. libertus. de condict. indeb. L. qui se debere*, *§. ult. L. cui quis*, *de condict. ob caussa. dat.* De eo, sola prope quæstio est, si quid ad possessorem pervenire potuit fructuum,

23 nec pervenit: an æstimari debeat. Et † puto, dicendum esse, in eo genere, cum quid ob caussam datur, ut aliquid fiat, si id factum non sit, etiam eorum fructuum habendam esse rationem, quos bona fide percipere potuit. Huius enim diversa est caussa a cæteris, quod qui ob caussam acceperit rem aliquam, scire debuerit, si ea caussa non sequeretur, rem sibi esse restituendam: ut merito interim eam non debuerit negligere, idque facere sit contra bonam fidem. Hucque pertinere interpretor rationem illam Pauli in *d. L. videamus*, cur debeat sponsus renunciata affinitate fundum doti acceptum restituere cum fructibus. *Quia*, inquit, *si aliter statuerimus*, idest si non conveniretur ad restituendos fructus, *licuerit ei fundum negligere*. Quibus verbis declarat, non licere fundum in hac caussa impune negligere, eoque nomine, si neglexerit, teneri debitorem, etsi fructus non perceperit. Hoc cum in una caussa dotis ob caussam datæ a Paulo probatum sit: non est, quod putemus, in hac tantum caussa valere, ac non etiam in cæteris similibus. 24

Verumtamen, † dummodo fundum hic non negligat, dum colat modo pro sua industria, etiam si plus percipere fructuum petitor potuit: nego, eorum fructuum rationem aliter habendam esse, quam si iudicium acceptum sit: quia in his iudiciis non præstentur fructus ante litem contestatam, aut si præstentur, ex caussa naturali præstentur, non ex mora.

His autem condictionibus similes sunt † 25 eæ actiones, quibus id, quod de nostro ex maleficio apud alium est, repetimus: ut de vi interdictum, actio de eo, quod metus caussa, condictio furtiva. In quibus ex ipso tempore maleficii fructus omnes, atque omnis caussa repetitur: sed quæcunque esse potuit. *L. 1. § ex die, unde vi. L. in re furtiva*, *§. ult. de condict. furt. & hic in L. videamus*. Quippe his actionibus id petimus etiam, quod nostrum fuit, & ob id petimus, quod sine caussa, ac maxima quidem iniuria ad alium pervenit.

Quamobrem † non idem dicendum erit 26 in actione Pauliana, & Faviana, per quam, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, repetuntur: tametsi perturbate admodum id Paulus hoc loco significare videatur *d. L. videamus*, *§. in Faviana*. In quo ego lumen docendi desidero. Sed, ut dixi, in iis actionibus fructus ante litem contestatam percepti a possessore non restituuntur, idque ex aliis locis constat. *L. ult. §. non solum, quæ in fraud. credit.* Et ideo, inquam, non restituuntur, quia non sine caussa ad illum res pervenit, nec sine voluntate ipsius debitoris, eiusdemque domini: sed ideo solum repetitur ex edicto Prætoris, ne creditoribus fraus fiat.

Ac de actionibus in personam, quæ sit in iis fructuum restituendorum ratio, satis diximus. † De actionibus in rem, qui 27 possessores quos fructus ante litem contesta-

testatam restituere debeant, videamus. In quo longe diversa est possessorum ratio.
28 Nam † malæ fidei possessor is, qui rem alienam esse non ignoravit, nulla ratione fructus ex re aliena perceptus suos facit, & ob id omnes restituere cogitur: extantes quidem, needum consumptos, quia ad dominum soli pertinent, rei vindicatione: consumptos autem condictione sine caussa, quia sine caussa apud illum sint. *L. mala, C. de condict. sine causs. L. si urbana, de cond. indeb. L. 4. §. post litem, fin. reg. L. neque, hic. L. certum,*
29 *C. de rei vind.* † Bonæ fidei autem pos-
30 sessor, † qui eum, a quo ex iusta causa rem accepit, aut dominum esse putavit, aut ius transferendi dominii habere (sic enim definitur in *L. qui a quolibet, de contrah. empt. L. bonæ fidei, de verb.*
31 *significat.* † quod fecisse in re dubia nusquisque existimatur, nisi contra probetur. *L. penult. C. de evict. L. si creditor, C. de pigno. act. L. quoties, § qui dolo, de probat.*) hic, inquam, possessor quoniam iure gentium fructus suos certo modo facere dicitur, alios autem nequaquam alii acquiri: ex hoc iure quos restituere debeat, quosque non debeat, æstimandum est. Nam quos constiterit fructus illi non acquiri, eosdem etiam illum restituere debere consentaneum est. Quos contra intellectum erit ad illum pertinere: hos illum dicemus non esse æquum, minimeque consequens invitum reddere.
32 Ac primum illud certum est, † extantes adhuc fructus, & ut nunc intelligi volo, pendentes, quique adhuc a solo separati non sunt, partem esse fundi; *L. fructus pendentes, de rei vindic.* eaque ratione fieri, ut ad alium pertinere non possint, quam qui ipse fundi dominus est. Ex quo Herennius Modestinus *hic* respondit in *L. Herennius*, fructus, qui post acquisitum ex caussa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem prætcrisse dicatur. Non enim refert, quanto tempore fundus ab herede possessus sit, fructibus adhuc pendentibus. Cum dominium semel fideicommissario acquisitum
33 sit, † fructus autem non iure seminis, sed soli percipiantur: *L. qui scit, hic:* non possunt cuiusquam alterius fructus esse intelligi, qui nunc in fundo reperiuntur, quam eius ipsius, qui fundi dominus est. Eademque ratione etiam dominus una cum re fructus quoque pendentes recte vindicabit, nec eos bonæ fidei possessor tanquam a se satos retinere poterit. *L. si postea supra de rei vindic.*

De perceptis & a solo separatis videamus. † Ius in hac re tale est, bonæ fidei 34
possessorem percipiendo fructus etiam ex aliena re suos facere, in iisque percipiendis loco domini pene esse. Denique etiam priusquam percipiat, illius esse statim, ubi a solo separati sint. *L. bonæ fidei, de acquir. rer. dom.* † Id est enim percipere 35
fructus, a solo separare. Perceptique dicuntur, qui terra teneri desierunt. *L. usufructuarius messem, quib. mod. ususfr. amitt.* Ex quo tempore illius fieri dicimus.

Sed † intelligendum est, eos demum 36
fructus ex hac caussa fieri bonæ fidei possessoris, qui opera & cultura hominis pervenerint, veluti serendo: eos autem, qui sine facto illius nati sunt, percipiendo, eius non fieri, veluti si pomum decerpserit, vel ex sylva ceciderit. *L. fructus, hic.* Huc referri debet, quod Iustinianus in *§. si quis a non domino, de rerum divis.* scribit, naturali ratione fructus fieri bonæ fidei possessoris pro opera & cultura. Quæ ratio ad eos fructus pertinet, qui opera & diligentia pervenerunt.

Neque refragatur † Paulus, cum ita scri- 37
bit, bonæ fidei possessorem fructus percipiendo suos interim facere, non tantum eos, qui diligentia & opera eius pervenerunt, sed omnes. *L. bonæ fidei, de acq. rer. do.* Hoc enim iam inter omnes convenit, sic accipiendum esse, non solum eos fructus suos facere, qui eius diligentia percepti sunt, sed omnes, etiam qui eius diligentia & cura non pervenerunt. Hocque ipsum est, quod hoc titulo disputat Iulianus in *L. qui scit, §. 1.* Fructus in fundo alieno satos, qui bona fide a Titio possidetur, fieri bonæ fidei possessoris, quamvis vel ab alio sati sint, vel etiam ab alio a solo separati: id est omnes fatos, quacunque tandem diligentia pervenerint, ac percepti sint, sive ipsius possessoris bonæ fidei, sive alterius cuiusquam. Idque probat domini argumento, cuius fructum esse diceremus a quocunque fatum, & perceptum, si nemo alius bonæ fidei possessor esset. *Porro bonæ fidei possessor*, inquit, *in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis prædiorum tributum est.* Ergo & illius fient fructus, quocunque tandem modo sati a solo separati fuerint.

Atque hoc loco, † quos fructus dica- 38
mus non sine opera & cultura hominis pervenire, intellectu facile est. In agris, exempli gratia, ii fructus opera nostra, & facto nascuntur, qui, ut nascantur, satione indigent, ut frumenta omnia, ut legumi-

gumina, & segetes: vel qui, ut seri non necesse sit, sine cultu tamen existere non possunt. Quo in genere sunt vineæ, quæ, ut fructum ferant, magnam in primis possessoris culturam, & diligentiam desiderant, nec sine ea diu fructum ferre possunt.

39 In animalium genere † omnis fructus, qui ex corpore percipitur, in hoc numero habetur, puta agni, suculi, hœdi, omnisque pecudum fœtus, item earum pilus, lac, & lana. Et ideo scribit Caius, agnos, vitulos, hœdos, sueulos statim pleno iure fieri possessoris in *L. in pecudum, hic*.

Nec quenquam moverit, quod, ut ista nascantur, nihil opera hominis opus esse videatur, quod prægnans vacca sua sponte paritura sit: quod lac, pilum, aut lanam natura sua ferant. Hæc enim per se quidem nullam operam, & factum hominis, ut eveniant, desiderare videntur. Ipsa animalia desiderant, quæ, nisi pascantur, nisi alantur, nisi colantur, fructum omnino non ferant, ac ne ipsa quidem sine iis constituta sint. Itaque quod vivunt, & illa ferunt, culturæ acceptum ferre debemus.

40 Contra autem † is fructus sine facto hominis nasci intelligitur, qui neque sationem requirit hominis, & cum sata res fuerit, ex ea sua sponte deinceps sine alia hominis opera nascatur, veluti ex arboribus poma: quæ constat ipsas arbores sponte naturæ reddere. Ergo & olivæ bonæ fidei possessoris non fient: quæ nullam nec diligentiam, nec curam desiderant. De quibus Virgil. *Lib. 2. Georg.* ita scribit:

Contra non ulla est oleis cultura, nec illæ
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis, aurasque tulerunt.

Et quæ sequuntur præterea in eandem sententiam. Testis est etiam Plinius in principio *Lib. 15.* Nam quod Paulus in *L. si eius, §. 1. de rei vindic.* de bonæ fidei possessore loquens, quem ait fructus percipiendo suos facere, exemplum de excussa olea affert, eo pertinet, ut intelligatur, quando perceptus fructus videatur, quod ille explicare volebat: non ut significet, hanc quoque fieri bonæ fidei possessoris. Illud quidem certe inter omnes constat, sine facto hominis iam nasci, quam reliqua poma: de quibus tamen extat Pomponii sententia in *L. fructus, hic*. In quo genere est sylva cædua, ut quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus sponte renascatur, *d. L. fructus, hic. L. sylva, de verb. signific.* Eiusdemque generis est & pratum, utpote in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus sit. Itaque † 41 inde dictum est, quod *paratum* esset ad fructum capiendum. *L. pratum, de verb. signific.*

Cum autem certi iuris sit, superiores illos fructus facere suos bonæ fidei possessorem percipiendo: *L. fructus, hic. L. bonæ, de acq. rer. do.* sit autem hoc, ut dixi, *percipere* idem, quod a solo separare, ut iam amplius terra non teneantur: unde tot locis traditum, & inculcatum est, † fructus fieri bonæ fidei possessoris simul atque a solo separati sunt, a 42 quocumque separati sint, etiam si adhuc in solo ipso, unde decisi sunt, iaceant: *L. qui scit, §. 1. hic. L. bonæ fidei, de acq. rer. do. L. si eius, de rei vind. L. si usufructuarius messem, quemad. ususfr. amit.* cum, inquam, hæc ita sint: quid iam de horum restitutione, deque iure possessoris velimus, apparet. † Sequitur enim, 43 ut dicendum sit, si bonæ fidei possessoris fiunt simul atque a solo separati sunt: cum res ipsa vindicabitur, & de iis iam perceptis, quamvis nondum consumptis, agetur, non debere illum hos fructus restituere. Omninoque sic statuo, fructus perceptos a bonæ fidei possessore, quamvis nondum consumptos, nullo modo restitui debere.

Non me fugit, cum id dico, quid suscipiam. Scio enim ab omnibus prope interpretibus iuris eam sententiam magno consensu ad hæc usque tempora receptam esse, & quasi per manus traditam, ut fructus existiment adhuc extantes, id est, ut intelligunt, nondum consumptos restitui oportere. Nec quisquam est ex omnibus, quos quidem legerim, aut audierim, qui eam sententiam vel nutu infirmare conetur. Sed, si illud verum est, quod posui; atque ita verum est, ut nemo ex iis, qui contra sentiunt, negare ausit, bonæ fidei possessoris fructus fieri percipiendo, id est simul atque a solo separati sint, ut non sit expectandum, dum consumantur, ut eius fiant: non vereor, ne hoc, quod necessario consequitur, temere suscepisse videar, ut statuam, illum fructus perceptos, quamvis nondum consumptos, restituere non debere.

Pro qua sententia tam multa faciunt, ut mirum mihi quidem videri soleat, aliud illis in hac re probari potuisse. Primum illud, quod Iulianus hic scribit in *L. qui scit.*

scit. bonæ fidei possessorem in fructibus percipiendis idem iuris habere (de satis enim loquitur) quod dominis prædiorum tributum est. Ex quo ille colligere vult, quomodo si alius possessor bonæ fidei non esset, fructus domino fundi acquirerentur: eodem modo effici bonæ fidei possessoris, si ab ipso percepti fuerint. Quis autem dixit unquam, cum fructus a domino percepti essent, illum restituere alii debere? Nisi forte putamus, bonæ fidei possessorem, cum fructus perceptos retinere non possit, tantum iuris habere, quantum dominus, ad quem hi iure pertinent: nec, cum pertineant, eos restituere cogitur. Non enim ad rem pertinet, si quis dicat ideo tantum iuris habere, quod his consumptis non teneatur. In percipiendis enim fructibus tantum iuris habere dicimus, non in consumendis. Unde tam diligenter in hoc genere traditum est, quid sit percipere, & perceptos fructus videri simul atque a solo separati sunt. *L. si usufructuarius, quib. mod. usufr. amit. L. bonæ, de acqu. rer. do.*

Eodem pertinet, quod idem Iulianus subiungit, bonæ fidei possessorem cum fructuario comparans, plus iuris eum habere in fructibus percipiendis, quam fructuarium. *d. L. qui scit, §. præterea, hic.* Non fuit contentus dicere idem iuris: adiecit plus iuris illum habere. Hoc autem fructuarii ius est in percipiendis fructibus, ut, cum ipse perceperit, quamvis stipula adhuc iaceat, fiat tamen eius, & ad heredem suum id transmittat, quamvis existat proprietarius, qui, mortuo eo, fundum vindicet. *L. si usufructuarius messem, quemad. usufr. amitt.* Sit ergo idem iuris in bonæ fidei possessore, tanto magis, quod ipse plus iuris in percipiendis fructibus habet, quam fructuarius, cum fructuarii fructus non fiant, nisi ipse perceperit: *d. L. si usufructuarius messem. L. si fur. de usur.* Bonæ fidei autem possessoris, a quocunque fructus percepti sint. *L. bonæ, de acq. rer. do.*

Eandem vim habet, quod Pomponius *hoc titulo L. fructus*, bonæ fidei possessorem cum marito comparat, cui res ab uxore donata est: ut quemadmodum hic percipiendo ex re sibi donata fructus suos facit eos, quos suis operis acquisierit: sic etiam bonæ fidei possessores eosdem suos faciant, & eodem modo. Cui autem dubium est hic fructus ipsius mariti fieri perceptos, etiam si nondum consumpti sint? diserte hoc ab Ulpiano scriptum est in *L. de fructibus de donat. inter vir. & uxor.* Si hoc mariti ius, sit etiam ex hac sententia bonæ fidei possessoris.

Iam illud, quam aperte hanc sententiam confirmat, quod Caius scribit, agnos, & hœdos, & vitulos, quia in fructu sint pecudum, statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris? *L. in pecudum, hic.* Non dixit solum fieri, sed addidit pleno iure. Iam primum de extantibus, nec mortuis loquitur Caius, cum dicat, eos fieri possessoris statim. Eo quidem tempore, cum nascuntur, vivi sunt. Sed nec qui mortui sunt, recte dicantur esse bonæ fidei possessoris: quia qui per se non sint, fieri non possit, ut alicuius sint, sicut recte Cicero l. *Tuscul.* adversus imperitum adolescentem disputat, si mortui non sint, quod ille concesserat: ne miseros quidem esse mortuos, quia, ut miseri sint, etiam esse oporteat. Itaque ergo hoc intelligit Caius, fieri agnos bonæ fidei possessoris extantes, non mortuos, aut consumptos. Quid est autem quod addit, eos fieri pleno iure? An non id est sic fieri, ut ad plenum perfectumque dominium, & potestatem nihil desit? quomodo, usufructu ad proprietatem redeunte, dicimus, proprietarium incipere plenam habere in ea re proprietatem, §. *ult. de usufr. in Inst.* idest eam potestatem, ut nihil inde alii in ea iam liceat, totaque res in proprietarii iure, & potestate sit.

Est igitur valde absurdum dicere, eam rem pleno iure fieri bonæ fidei possessoris, quam invitus reddere cogatur. Quod quidem perinde est, ac si quis dicat, rem illius fieri pleno iure, nisi quod eam habere non potest. Cui non dissimilia sunt illa, cum dicimus, adesse alicui omnia, præter rem & amicos: nosse omnia, præter quam uare, & literas. Quæ quidem ideo ridicula sunt, quia repugnantia. Denique, si fructus non lucratur possessor, nisi consumptos: ita dicendum fuit, fructus fieri bonæ fidei possessoris consumptione, non autem perceptione.

Hæc cum tam aperte demonstrent, fructus fieri statim bonæ fidei possessoris, quamvis nondum consumptos: mirum videri potest, quid ita igitur in re tam aperta non plene fieri eius dicant, sed aliqua actione teneri, ut eos restituat. Sed multis locis traditum est scilicet, & fructus extantes restitui debere, & fieri fructus bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Quid igitur ad hæc concilianda afferunt? Fructus bonæ fidei possessoris fieri percipiendo intelligunt. Itaque etiam vindicari non posse confitentur: sed vel condictione, vel officio iudicis restitui debere dicunt. Ego autem etsi non ante aperte docuissem, fructus perceptos sic fieri

fieri bonæ fidei possessoris, ut pleno iure iant, nihiloque magis eos restituere cogatur, quam aut dominus ipse, aut fructuarius, aut maritus, si eos percepisset, quibus aut non minus iuris habet bonæ fidei possessor, aut etiam plus habet: tamen qui hoc solum dicat, fructus fieri bonæ fidei possessoris, nisi illud probet, quod non est consequens, restituere debere: non video hic, quid iuris de rebus disserendi sibi sumere audeat. Quo iure enim quod alterius factum est, id ab eo invito auferri potest? *L. id quod nostrum, de reg. iur.* Repugnant hæc inter se, recte accipere, & invitum reddere. Hoc ipso argumento Cicero in *Topicis* colligit eum, cui usufructus a primo herede legatus est, quamvis legatus non sit a secundo, si semel ei ususfructus acquisitus sit, mortuo primo herede usumfructum non amittere: eoque exemplo, ut quid sit repugnans, ostendat, utitur. Quod enim, inquit, semel testamento alicui datum est: id ab eo invito, cui datum est, auferri non potest. Repugnat enim recte accipere, & invitum reddere. Quare, si putant, bonæ fidei possessorem fructus nondum consumptos restituere debere: illud concedant, fructus, nisi consumptos, eius non fieri. Sin autem illud dant, quod negare non possunt, fructus percipiendo fieri bonæ fidei possessoris vel pleno iure: illud admittant necesse est, quod illi recte acquisitum sit, id invitum non amittere.

Postremo quod in hac re caput est, si percepti peti possunt, quo iure tandem peti possunt? Vindicari posse negant, cum sint bonæ fidei possessoris. Quid ergo? condici possunt? Minime, ut opinor. Quæ enim de bonis nostris apud alium sine causa sunt, iustissima causa est, cur repetantur, in eamque rem condictio sine causa comparata est. *L. 1. in fi. de condict. sine caus.* Quam ob caussam & a malæ fidei possessore consumpti hac actione condici possunt. *L. mala, C de condict. ex leg.* Adversus bonæ fidei possessorem autem, qui fructus percipiendo ratione naturali suos fecit, idest iustissima, & æquissima, *§. si quis a non domino, de rer. divis.* quæ tandem similis condictio esse potest? An vero officio iudicis repeti dicent, ut plerosque facere video? Multominus id convenit. Nec, si quid esset officium iudicis, viderent, hoc unquam in hac re tam inconsiderate dice-
44 rent. † Officio iudicis ea præstantur, quæ post litem contestatam in rem ipsam petitam, aut circa rem eveniunt. Quæ vero ante litem contestatam acciderunt, ad iudicis officium nihil pertinent, nec in iudicium veniunt, nisi deducta sint, idque propria aliqua, & constituta in eam rem actione. *L. Ædiles, § sciendum, de ædil. edict. L. 1. C. de ord. iudic.* Ex quo Paulus ista tempora distinguens in fructuum petitione, sic de iis fructibus, qui post litem contestatam restituuntur, loquitur, ut dicat, eos officio iudicis restitui: de iis autem, qui ante a malæ fidei possessore percepti sunt, sic, ut dicat eos condici, *L. neque, hic*, indicans, eos duntaxat officio iudicis contineri, qui post litem contestatam percipiuntur: eos autem, qui ante percepti sunt, nisi condictione, peti non posse. Nunc autem de fructibus iam ante a bonæ fidei possessore perceptis omnis quæstio est: de iis, qui post litem contestatam restituendi sunt, non agitur. Sit igitur hoc conclusum, istos, de quibus loquimur, bonæ fidei possessoris sic fieri percipiendo, ut, cum recte suos fecerit, nullo modo eos restituere cogatur.

Huic sententiæ, ut iam antea ostendi,
† duo maxime opponuntur, quæ alios in 45
contrariam sententiam induxerunt. Unum, quod rescriptis quibusdam cautum est, bonæ fidei possessorem ante litem etiam contestatam extantes fructus restituere debere. *L. certum, C. de rei vindic.* Id vero quid aliud est, nisi nondum consumptos, tametsi maxime percepti sint? Alterum, quod tam multis locis hæc sententia inculcata est, fructus bonæ fidei possessoris fieri, sed consumptos: item illum fructus lucrari ante litem contestatam perceptos, nec restituere debere, sed ita, si consumpti sint, *L. quæsitum, in fin. de acq. rer. do. §. si quis a non domino, de rer. divis. L. 4. §. post litem, fin. reg. §. 1. Inst. de offic. iudic.* ut ex iis liquido, sicut putant, intelligi possit, nisi consumpti sint, restituendos esse: recteque illic interpretari extantes restitui debere, idest nondum consumptos. Quibus ego breviter respondebo. Quod enim rescriptum est, extantes restitui debere, † 46
extantes sic interpretor, non eos, qui nondum consumpti sint, sed existantes, pendentes adhuc, & qui a solo non sint separati. Denique qui adhuc supra soli faciem extant. Ulpianus de hoc genere fructuum loquens: *Si pendentes*, inquit, *fructus iam maturos reliquerit testator, fructuarius eos feret, si, die legati cedente, adhuc pendentes deprehenderit. Nam extantes fructus ad usumfructuarium pertinent.* L. si pendentes, *de usufruct.* Extantes

tantes vocat, quos prius *pendentes* dixerat. Et nimirum extantes fructus, idest pendentes restituere debet bonæ fidei possessor, quia, ut maxime illos severit, ut illos ad maturitatem usque diligentia prosecutus sit: fundi tamen pars sunt, & ideo una cum fundo vindicantur. *L. fructus pendentes, de rei vindic.* Nec, quia ipse eos sevit, ideo consita tollere potest. *L. si postea, de rei vindic.* Fructus enim non iure seminis, sed iure soli percipiuntur.
47 *L. qui scit. hic.* † Quod autem sequitur, bonæ fidei possessorem fructus ante litem contestatam perceptos non restituere, si consumpti sint: propter eos fructus dictum est, qui bonæ fidei possessori sola perceptione non acquiruntur, idest eos, qui sine facto hominis nascuntur, ut si poma ex arboribus decerpserit, si fœnum collegerit, iuxta *L. fructus, hic.* Hi enim quamvis percipiendo non acquirantur possessori, ut initio diximus, sic tamen statuo ex superioribus locis fieri bonæ fidei possessoris, si sint consumpti. Nam hoc generaliter traditum est de omnibus, si consumpti sint, bonæ fidei possessorem restituere non debere. Nec ullus extat locus, in quo isti fructus excipiantur, qui sine facto cuiusquam nati sunt. Unde a Pomponio in *d. L. fructus*, sic definitum est, fructus istos non fieri bonæ fidei possessoris percipiendo: ut intelligeremus, sola quidem perceptione non fieri illius, at fieri tamen consumptione. Idque ita esse, vel illud maximo argumento est, quod de solo malæ fidei possessore hoc traditum est, fructus consumptos ab illo condici posse. *L. mala, de condict. ex leg.* Ex quo per contrarium intelligere possumus, non esse idem in bonæ fidei possessore.
48 Num † igitur eo usque tenebitur saltem, quatenus ex his locupletior factus est? Non puto. Hoc enim in hereditatis possessore locum habet. *L. item veniunt, §. eos autem. L. sed etsi lege, §. consuluit, de petit. hered.* In singularum rerum possessore non habet. Illa enim actione tenetur, quisquis hereditatem possidet.
49 † Fructus autem omnes, & pretia rerum hereditariarum in hereditate numerantur. *d. L. Item veniunt, §. fructus, & §.*
50 *cum ante, de pet. hered.* † Rei vindicatione illæ solum petuntur res, quæ extant. Quæ non extant, quasque possessor desiit sine dolo malo possidere, earum rerum nomine non tenetur. *L. qui petitorio, de rei vindic.*

Atque hæc de fructuum perceptorum & consumptorum restitutione mea sententia est. Ad reliqua iam pergemus. Sequitur autem, ut videamus, cum fructus restitui debere constabit, sive post litem, sive ante litem contestatam, quo usque ex illo tempore præstari debeant. Quæstio in eo est, sitne reus etiam post rem iudicatam fructuum præstandorum necessitate adstrictus. Nam † post litem con- 51
testatam ad diem usque sententiæ omnem caussam restituendam esse certi iuris est, etsi mora forte facta non sit. *L. 3. hic.*
† Num etiam post fructus præstandi sint, quæritur. 52
Quæ quæstio tractata a Papiniano *sub hoc titulo in d. L. 3.* ad hanc sententiam exposita est, ut, siquidem ante sententiam mora intervenerit: fructus etiam post rem iudicatam præstandi sint in eum diem, quo res restituitur. Absurdum sit enim eum, qui ante fructuum præstandorum necessitate astrictus sit, ob id liberari, quia victus sit, & prodesse illi condemnationem, quæ magis nocere debeat. Nec ad rem pertinet, quod illi tempus ad solvendum datum est, quod iudicatis iure dari solet. *L. 3. de re iudic. L. ult. C. de usur. rei iudic.* † Ea 53
enim temporis intercapedo indicato dilationem dare, non lucrum afferre consuevit, inquit Papinianus. Afferat autem locrum, si, cum ante condemnationem teneretur, postquam condemnatus est, desinat teneri. Quod si ante sententiam mora facta non sit, ut evenire potest, heredem ideo ad iudicium provocare, quod dicat, legi Falcidiæ locum esse, ut, omni ære alieno deducto, nihil reliqui fiat; ideoque nihil esse in fideicommisso: *L. 1. §. hæc verba, si cui plus, quam per leg. Falc.* si quid, inquam, tale acciderit heredi, idque iusta ignorantia ductus fecerit: refert Papinianus, decretum esse Antonini, totius legitimi temporis fructus, & commoda debitorem non præstare. Et recte. Nam, † cum toto legitimo illo 54
tempore heres conveniri non possit, ne moram quidem eo tempore facere intelligitur. *L. lecta, si cert. pet.*

Ambigebatur autem in decreto Antonini, quoniam ita constituerat Antoninus, ut fideicommissarius commoda fideicommissi ad sententiam usque acciperet, si post sententiam moram fecisset heres, utrum de eo solum verba hæc accipienda essent, qui non nisi post sententiam moram fecit: an etiam de eo, qui ante. Nam hæc verba ex æquo ad utrunque pertinent. Potest enim & qui antea moram fecerat, in mora post sententiam perseverare. Interpretatur ergo Papinianus id decretum de eo, qui post sententiam tantum

tantum moram fecit, non ante, motus ea ratione, quam dixi. Atque hæc sic interpretatur, ut dixi, in bonæ fidei iudiciis, & arbitrariis, cum mora ante sententiam facta fuerit. Sic enim hæc iudicia in fru-
55 ctibus comparat, quia † officium iudicis idem sit prope in utroque: scilicet ut quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteat, in id alterum alteri condemnet pro potestate iudicii. §. *in bonæ fidei*, & §. *præterea*, *Instit. de act.* Eodem per-
56 tinet, quod † in utroque genere similiter in litem iuratur. *L. in actionibus de in litem iur.*

57 In † strictis autem iudiciis, idest quæ neque arbitraria sint, neque bonæ fidei, post litem quidem contestatam caussam omnem restituendam esse scribit, ut in cæteris. At post rem iudicatam sine distinctione tempus a fructibus dependendis immune esse, quamvis mora antea facta sit: non sine magna ratione. Quamvis enim statueris, morsm antea factam esse: hic tamen ex mora fructus non debentur, ne ante sententiam quidem. Ergo nec postea.

58 Fructus autem † utrobique intelligit Papinianus non perceptos (nam hic quoque ratio illa locum habet, qua paulo ante usus est, eam temporis intercapedinem, quod tempus iudicatis præstatur, reo lucrum afferre non consuesse): sed eos intelligit, qui percipi potuerunt, a quibus dependendis tempus immune esse ait post rem iudicatam, cum ante isti quoque fructus in iudicium veniant. *L.* 4. *§. post litem, ff. regund. §. etsi hereditas, Inst. de offic. iudic.* Quod ipsum præterquam quod ratio ipsa evincit, vis quoque ipsa
59 verbi indicat. id enim proprie esse † *dependere* videtur, non simpliciter solvere: sed periculum alicuius rei præstare, & omne detrimentum, quod in re aliqua sit, quasi pœnam. Cic. *Lib.* 1. *Epist. famil.* *Dependendum tibi est quicquid pro illo spopondisti*, idest etiam si quid non consequaris ab eo; si quid ipse non præstet, id tibi præstandum, & suscipiendum est. Idem *Lib.* 1. ad Attic. *Abiurare satius est, quam dependere*, idest quam confessionis periculum subire. Ita hoc loco *dependere fructus* proprie de iis fructibus accipiendum est, in quibus præstandis periculum agitur rei, idest iis, qui percepti non sunt, percipi tamen potuerunt. A quibus dependendis debitor immunis est. Nam in perceptis restituendis nullum periculum rei est.

Et quoniam de fructuum restitutione hactenus disseruimus: ad extremum † hoc 60
in omni hac restitutione intelligendum est, sic fructus præstari debere, ut semper tamen inde impensæ deducantur, quæ in fructus factæ sunt. *L. quod in fructibus. hic. L. fructus, solut. mat.* Quæ impensæ fructus sic diminuunt, ut † in perso- 61
na etiam prædonum earum impensarum ratio habeatur. *L. si a patre, § ult. de petit. hered. L. fundus, qui familiæ ercisc.* Quod ne cui in istorum persona novum videatur, cum istos omni ratione plecti propter malam fidem conveniat, nec ulla interpretatione adiuvari: illa ratio in promptu est, quod † fructus omnis intel- 62
ligitur is demum, qui, deductis impensis, superest. Nam, si rem propius intueri volumus, fructus cuiusque rei sunt, eius rei commodum, & utilitas, quam res affert. Constat autem, cum de lucro, & commodo quæritur, † id lucrum esse intelli- 63
gi, quod, omni damno deducto, superest. *L. Mutius, pro soc.* Ita omnino quod impensis deductis superest, id solum in fructu, tanquam lucro, numerandum est: ut recte dictum sit, has impensas fructus diminuere. *L. quod in fructibus, hic.*

Hactenus de fructibus: sequitur de caussa, & omnibus accessionibus.

C A P. IV.

De caussa & accessionibus.

S U M M A R I A.

1. *Caussæ restituendæ nomine quid contineatur.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam restituenda.*
3. *In bonæ fidei iudiciis etiam post moram.*
4. *Idem de omni accessione.*
5. *Accessio quid.*
6. *Caussæ appellatione contineatur.*

1 CAussam cum restituendam esse iureconsulti dicunt, ut hoc loco: † *caussam* ubique id intelligunt omne, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo res petita est, restituta esset, quasi dicas id omne, quod in caussam venit: ut sit

caussa pro eo, quod iudicio continetur.
L. 2. hic. L. cum fundus, si cer. pet.
L. praeterea, de rei vindicat. Quo fit,
ut in caussa non solum fructus numere-
tur: *d. L.* 2. sed etiam quæ in fructu
non sunt, ut partus, qui contracto vo-
cabulo interdum caussa appellatur. *L. e-*
quis, hic.

Caussam † post litem contestatam o-
2 mnem restituendam esse constat. *d. L. 2.*
hic. L. cum fundus, si cer. pet. L. prae-
3 *terea, de rei vindic.* † In bonæ fidei iu-
diciis etiam ex mora præstari debere vi-
detur. *L. equis, hic.*

Quod de caussa dixi, † idem de omni 4
accessione intelligendum est. Fit enim in-
terdum, ut hoc loco, ut caussa accipia-
tur pro iis, quæ ex re ipsa descendunt,
sitque in fructibus, & partu, & fructu fe-
cundo, *d. L. equis.* † *Accessionis* autem 5
verbo id intelligatur, quod extrinsecus
accedit, ut alluvione. † Quod tamen ge- 6
neraliter caussæ appellatione continetur.
d. L. praeterea, de rei vindic.

Sed de his iam satis. Tempus est, ut ad moram iam veniam, qui locus est ultimus, quem hic Titulus præ se fert, & de quo me dicturum initio sum pollicitus.

C A P. V.

De Mora.

S U M M A R I A.

1. *Moræ coercendæ rationes.*
2. *Mora quid sit,* & n. seqq.
3. *Mora non ex re fit, sed ex persona.*
4. Frustratio, frustrari, *quid sit.*
7. *Moram facit debitor, qui a creditore interpellatus solutionem sine ulla iusta caussa detrectat,* & n. seqq.
8. *Nulla mora fieri intelligitur, ubi nulla est petitio.*
9. *Mora non fit si ei, qui petit, ius petendi non fit.*
10. *Ubi dies solutioni expresse, vel tacito præstitutus est, mora contrahitur sine interpellatione,* & n. seqq.
11. *Venditor ex Ædilitio edicto, si morbus, aut vitium appareat, non tenetur.*
12. Interpellare, interpellatio *quid sit.*
13. *Dies interpellat pro homine.*
14. *Qui maleficio res alienas occuparunt, moram faciunt ex ipso tempore delicti sine interpellatione.*
   15. *Similiter & qui rem alienam possident mala fide.*
16. *Nec in obligatione conditionali, neque in obligatione, quæ ex re ipsa dilationem habeat, mora contrahitur sine interpellatione, etiamsi dies venerit,* & n. seqq.
17. *Conditione impleta, perinde habetur, ac si pure contracta fuisset obligatio.*
18. *Dies quando tacite insit.*
19. *Res debita ante moram perit creditori.*
20. *Qui pure debet, in mora non est antequam interpelletur.*
21. *Exponitur* L. quoties, 59. cum L. seq. D. de verb. obligat. *& n. seq.*
22. *In iis rebus, quæ functionem recipiunt in genere suo, nihil refert, utrum res ipsa, an æstimatio petatur.*
23. *Ex obligatione faciendi quando, si non fiat, agi possit in id, quod interest,* & n. seqq. & n. 86.
24. *Quod præsenti die debetur, statim peti potest.*
25. *Cum eo, qui alio loco se daturum promisit, quando agi possit.*
26. *Quoties interpellandus sit debitor, ut in mora constituatur,* & n. seqq.
27. *Mora contracta non purgatur, nisi oblatione.*
29. *Moram non facit qui interpellatus solvere ex iusta caussa recusat.*
   30. *Iustæ caussæ quatuor.*
   31. I. *Si non opportuno loco, aut tempore interpelletur.*
   32. *Exempla,* & n. 33.
   34. II. *Si ignoret, se debere.*
   35. *Exempla,* & n. seqq.
   41. III. *Si rem in potestate sua non habeat, neque fecerit, quominus haberet.*
   42. IV. *Si caute solvere velit.*
   43. *Exempla,* & n. seqq.
45. *Pupillo sine tutoris auctoritate non recte solvitur: minor adversus solutionem potest in integrum restitui.*
46. *Quando mora fieri intelligatur, difficile est definire.*
47. Definitio *pro regula, &* definire *pro regula complecti.*
48. *In quibusdam caussis mora fit ex re.*
49. Moram fieri ex re *quid significet.*
50. *Mora fit ex re* I. *pupillis, si tamen sit, cui tuto solvi possit.*
   51. II. *In caussa fideicommissariæ libertatis.*
   52. III. *Si nemo extat, qui conveniatur.*
53. *In* L. sed etsi, 23. §. 1. D. h. t. *utrum* decerni, *an* discerni *legendum sit.*
54. *Differentia inter moram, quæ fit ex persona, & moram ex re,* & n. 55.
56. *Mora unicuique sua nocet.*
57. *Quænam propter moram debitor præstare debeat.*
58. *Id, quod interest, ab eo, qui, quod debuit, non fecit, in stricti iuris actionibus non ex mora exigitur, sed ex natura obligationis,* & n. 75. 76.
59. *Debitor post moram periculum rei præstat,* & n. seqq.

60. *Mo-*

60. *Mora perpetuat obligationem.*
62. *Debitor post moram, re perempta, eum quoque casum præstat qui etiam apud creditorem contigisset, si tamen creditor rem distrahere poterat: non, si non poterat,* & n. seqq.
64. *Prædiorum pupilli alienatio non permittitur, si aliunde habeat pupillus.*
65. *Res sub conditione, aut ex die per fideicommissum relictæ alienari non possunt.*
66. *Re post moram perempta, non modo debitor, sed etiam fideiussores, & intercessores omnes perinde tenentur, ac si res extaret,* & n. seqq.
67. *Mora rei nocet etiam fideiussori.*
68. *Aliud est augeri fideiussoris obligationem: aliud non minui.*
69. *Si res post moram debitoris perierit: integra est creditori actio, & obligatio novari, & accepto ferri potest.*
70. *Quod iuris est in toto, idem & in parte.*
71. *Fur perpetuo moram facit.*
72. *In iudiciis stricti iuris, re salva, nihil ex mora præter rem ipsam debetur.*
73. *Fructus in actionibus stricti iuris ex mora non debentur.*
74. *Vini, aut olei debiti æstimatio ad quodnam tempus referenda sit.*
77. *Mora purgatur aut voluntate creditoris, aut opera debitoris.*
 78. *Quomodo voluntate creditoris.*
 79. *An & novatione?* & n. 80.
 81. *Quomodo facto, & opera debitoris,* & n. seqq.
82. *Moram* purgare, eluere, emendare, delere *quid sit.*
83. *Pro soluto habetur, in quo accipiendo creditor moram fecit.*
84. *Posterior mora nocet,* & n. 105.
85. *Oblatio non liberat ab obligatione præstandi id, quod interest, ob præcedentem moram.*
87. *An, qui factum promisit, liberetur, si ante litem contestatam faciat,* & n. 88.
89. *Oblatione rei non evitatur pœna commissa, si tamen obligatio non pure, sed in diem contracta fuerit,* & n. 90.
 91. *Excipitur stipulatio* iudicio sisti, *&* n. 92.
93. *Summum ius summa crux.*
94. *Mora dumtaxat ante litem contestatam purgari potest cum in obligationibus faciendi, tum in obligationibus dandi,* & n. seqq.
97. *Iudici omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur.*
98. *Mora sua creditori non minus nocet, quam debitori, ut res creditori pereat, si is in mora sit accipiendi,* & n. 99.
100. *Etiam pecunia numerata perit creditori, si oblatam accipere noluerit.*
101. *Genus non perit.*
102. *Creditor moram non facit, nisi opportuno loco, & tempore oblatum recuset accipere,* & n. 103.
104. *Si creditor, qui recusaverat, rem rursus petat: debitor non præstando moram facit.*

CUM cuiusque rei debitæ sui sint fructus, sua æstimatio, suum in amittendo periculum: nemo est, qui non in-
1 telligat, † interesse plurimum creditoris rem unamquamque suo tempore accipere, qua re ille suo commodo utatur: quam pro diligentia sua asservet, & curet, ne deterior fiat; quam vendat etiam, si opus est, ne de precio ipso in discrimen veniat. Iam vero cum sit hoc iniuriosum, eam, cum debeas, postulanti ac desideranti non reddere, idest moram in ea præstanda facere, scilicet ut mora tua meliorem tuam conditionem facias, illius deteriorem: diligenter hoc prospiciendum fuit, ne, si id aliquando inciderit, ea res creditori sit fraudi. Sic igitur toto iure civili omnibus prope in rebus comparatum est, ut vindicetur, ne aut mora sua cuiquam prosit, aut adversario ne noceat: uti aliqua iam ex parte de usuris, & fructibus ex mora præstandis in bonæ fidei contractibus supra intellectum est.

Hinc illa exitit in omnibus illis rebus de mora vexata tandiu, necdum satis explicata quæstio, quid sit moram facere, & quando debitor in mora esse videatur. Eademque in creditore de mora quæstio est, cum hic rem oblatam a debitore accipere recusat, idest, cum in accipiendo moram facit. Non enim parvi refert rem esse acceptam, cum offertur, ut debitor vel usuris pecuniæ, vel ipsius periculo, & custodia liberetur: quam cessationem debitori nocere iniquum est. Quod cum ita ius sit, primum in hac quæstione dicendum est, quæ sit hæc mora, quam dicimus, & quibus in rebus posita sit: tum quæ moræ in re quaque incommoda fiunt sive debitori, sive creditori præstanda, breviter erit considerandum.

Mora, si vim verbi quærimus, † nihil 2
significat aliud, nisi cessationem in omni re, ac procrastinationem, sive dilationem eius rei, quam primo quoque tempore expedire debeas. In iure quidem, atque hac disputatione, in qua de debitoris creditorisve mora quæritur, quæ auctori suo nocere debeat, nihil aliud moram esse intelligimus, nisi horum ipsorum cessationem in eo præstando, quod alter alteri debuerit. Itaque non subtili aliqua, aut recondita ratione in hac re opus est ad definitionem: hoc ad vim huius verbi explicandam satis est intelligi, moram esse dilationem eius, quod debeas, & utrunque in mora esse tum videri, cum vel ille quod præstare debeat, differt: vel hic, quod offertur, recusat accipere. Hoc solum quæritur, quando vel reus is, unde petitur, vel creditor differre, quando moram facere videatur.

Ac de debitore prius dicemus, quando de eo multo maior, ac prope una dubitatio est. In qoo non laboraremus, si, ut quisque primum quid debet, neque solvit, ita continuo in mora esse intelligeretur. Sed illud primum in hac re sic constituendum est, quod Papinianus tra-
3 didit, † moram non ex re fieri, sed ex persona. *L. mora, de usuris.* Ut sit sensus, oon statim qui non solvit, moram facere, quanquam verum sit, cum res ipsa differatur, in re moram inesse hoc ipso, quod non solvitur, cum debeatur; sed ita, si sine causa id faciat; si per eum fiet, stabitve, quominus solvat; si sit denique in eo aliquid, quod ipsi, qui non solvit, idest quod personæ eius queat imputari. Ex quo ista in hac re usurpata sunt, ut in quo moram esse intelligere volumus, per eum stare, aut fieri dicamus, quominus det, aut faciat; sitqoe hæc quasi quædam moræ circumscriptio, cum ita dicimus, per eum stetisse, per eum factum esse, quominus daret. *L. quod te, si cer. pet. L. si ex legati, de verb. obligat. L. is, qui de obligat. L. si rem,*
4 *de novat.* Hinc † & *frustrationis* verbum in hac re usitatum, ut & qui moram facit, *frustrari*; & mora ipsa, ipsa illa debitoris dilatio, *frustratio* dicatur. *L. hominem, mandati, L. pen. unde vi.* Id enim est frustrari aliquem, cum in eo, quod a te expectet, quodque illi, cum opus est, præstare debeas, illum fallas, ac destituas, faciasque, ut frustra sit, quod expectat. Ulpianus: *Non videtur frustrandæ actionis caussa latitare, qui præsens suscipere judicium non compellitur.* L. 3. de iudic. *frustrandæ actionis*, idest eludendæ, ac differendæ, dum id agitur a reo, ne secum agatur: ut intelligere li-
5 ceat † non male a quibusdam moram definiri, iniustam eius, quod debeas, dilationem. Et recte mora non in re ipsa, quæ debetur, sed ex persona fieri dicitur. Noo enim toto iure civili, cum de mora agitur, eaque vindicatur in debitore, aut creditore, his verbis vindicatur, si res non solvatur: sed ita, si debitor in mora
6 sit. † Neque vero in mora esse recte dicitur, per quem oon stat, quominus suo tempore rem solvat, quam debet.
7 Restat igitur, ut, † quando per debitorem, eumve, a quo quid petitur, videatur stetisse, cognoscamus. Id ita fit, si, cum debitor pure quidem debuit, sed non habuit constitutum tempus, quo solvere ex voluntate creditoris deberet, interpellatus ab eo non solverit, idque ipsum fecerit sine ulla causa. *L. mora, de usur.* Ita, nisi interpellatus sit debitor, oc si totos quidem decem annos aliquid debuerit, moram facere videbitur. Inde dictum est, † nullam intelligi moram ibi 8
fieri, obi nulla petitio est, *L. nulla, de reg. iur.* Atque ideo † ne tum quidem 9
mora fit, cum quidem petitum est: sed ab eo, a quo nulla fuit petitio, ut puta pupillo, aut adolescente, qui curatorem habeat. *L. si pupillus, de verb. obligat. L. 3. C. de in integ. rest. mi.* Neque sane id iniuria. Nam etsi pure quid debeas: tameo hoc totum, quando creditori satisfacias, pro creditoris solius commodo, & voluntate accipiendum est, si opus sit, si sibi solvi velle ostenderit. Unde Simo apud Terentium *in Andr.* cum filium vellet uxorem ducere, ille autem pollicitus esset, sese in potestate patris futurum, ac neque isthic, neque alibi usquam patri in se moram fore, subiunxit:

I iam nunc intro, ne in mora, cum opus sit, sis.

Neque enim quibus aliquid debetur, cupiunt id sibi statim dependi: sed expectant, nec debitoribus suis molesti sunt, satisque esse putant, si tum id sibi præstetur, cum commodum erit, idque a debitore petierint. Quin etiam statim accipere non semper expedit. Sic fit, ut ante, quam petierint, per debitorem nihil stetisse videatur; ut hoc sit solvendi tempus, quod creditor ipse statuerit, idest, cum petierit, quia quovis tempore petere potuerit. Nam ante debitor qui scire posset, quaodo ille sibi solvi velit, cuius in potestate fuerit, quam velit reo solvendi dilationem dare?

Quamobrem, etsi generaliter ita traditum est, nullam esse ibi moram, obi oulla petitio est, neque quicquam distinguitur, pura ne sit obligatio, an alterius generis: tamen diligenter animadvertendum est, hoc solum de petitione atque interpellatione creditoris in iis obligationibus recte dici, in qoibus nulla alia creditoris voluntas ostenditur, sive interpellatio, quo die sibi solvi velit: idest, in quibus nulla certa præstituta die, qua die ex conditione obligationis, & creditoris voluntate manifesta, pecunia solvi debeat, obligatio contracta est. † Quæ vero obligationes in 10
diem sunt, in quibus certa dies solutioni ex utrinsque voluntate præstituta est, & generaliter quæcunque caussæ sunt eiusmodi, in quibus ea natura, & qualitate rei satis reus admoneatur, se primo quoque tempore restituere debere, quod invito

vito creditore non reddat: in iis omnibus sic statuo, debitorem, ut moram faciat, non necesse esse ullo tempore a creditore amplius interpellari. Qui igitur ex die aliquid debeat, hic, si sua die non solvat, moram facit, quamvis ab eo nihil petitum fuerit. Supervacuum est enim moneri eum, ut solvat, qui intelligat se id facere debere, ita volente, & lubente creditore. In quo ne res testibus indigeat, hæc ego testimonia collegi, quæ pro hac sententia faciant. Ac scio multo plura legendo notari posse. *L. magnam, C. de contrah. stip. L. 2. C. de iure emphi. L. si fundum certa die. de verb. obligat. L. hominem. in fin. mand. L. ita quis, §. Seia. de verb. obl. L. si duo, in fin. L. promissor, §. 1. de constit. pec. L. etsi post tres, si quis caut.*

At plerique moventur eo, quod, ut dixi, generaliter, & sine distinctione traditum est, nullam esse moram sine interpellatione, unumquemque moram ita facere, si interpellatus non solverit. Sed nihil est, quod moveantur. Hoc enim, ut nihil aliud addatur, tamen de iis necessario accipiendum est, in quibus modo petitio sit necessaria, ut scire debitor possit, quando creditor sibi solvi velit. Supervacuum est autem, ut iam ante dixi, moneri eum, qui sciat certo tempore se id facere debere, seque natura rei, & obligatione ita cogi. Idque facile hoc exemplo intelligi potest. Edicto Ædilium Curulium cautum est, ut vitia cuiusque rei, quæ venditur, diligenter prædicantur emptori, neque ulla huius rei exceptio Edi-
11 cto adiicitur. † At hoc omnes veteres sic acceperunt, si vitium lateret. Quod si tale vitium sit, aut morbus, qui omnibus potuerit apparere, utputa si cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem, & periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis; perinde venditorem eius nomine non teneri putaverunt, ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum Ædilium, quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit. *L. quæritur, §. ult. de Ædil. edict.* Atqui generaliter edictum cavet, & sine exceptione, ut vitia prædicantur. Cavet: sed ideo cavet, ut vitia nota sint emptori, ne decipiatur. Nihil autem necesse est ei prædicere, quia ea non ignoret. Similiter & in hac re accidit. Generaliter definitum est, nullam esse moram, ubi nulla petitio est. Sed, cum petitio ideo requiratur, ut sciat debitor, illum, qui petit hoc tempore sibi solvi velle: si est in re ipsa, unde sciat reus, sibi vel statim, vel illo tempore ex voluntate petitoris rem præstandam esse, nihil hic alia petitione opus est. Quid, si is quoque interpellari intelligitur, qui in diem aliquid dare debuerit? Videtur ne hic quicquam contra superiorem regulam fieri, si hunc moram hoc ipso facere dicamus, quod sua die non solverit? Et profecto † interpellare, nihil est aliud, 12
nisi denunciare debitori, ut nunc nobis solvat. Quid est igitur, quod diei adiectione agitur, nisi hoc iam ab initio ei prædicitur, ac denunciatur, ut eo die solvat, eaque lege sua voluntate constringitur? Quod si est; parum ne hic aperta creditoris voluntate iam ab initio interpellari videatur? Sed ideo in his petitione, & interpellatione opus non esse dicimus, quia nova opus non est. † Re 13
vera autem satis die ipso moneri intelligitur: ut non male vulgo dici soleat, diem interpellare pro homine. *L. magnam, C. de cont. & com. stipul.* Postremo cum ita convenerit inter contrahentes, ut certo die debitor solveret, si id ita non fecerit, quin per eum steterit, idest quin quod debuit in tempore, sine caussa distulerit: caussæ dici nihil potest. Neque vero hoc aliud est, nisi moram facere. Africanus in *L. traiectitiæ*, de obligat. *Traiectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna (uti assolet) ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta. Is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta, petere desierat: deinde, interposito tempore, interpellare instituerat. Consultus respondi, eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam. Amplius, etiamsi omnino interpellatus non esset, nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quominus solveret.*

Illuc igitur redeo, cum de voluntate creditoris natura rei, & conditione debitor ipse per se satis admoneatur, quo die illi solvere debeat, nihil hunc admoneri sæpius necesse esse, satisque hunc re ipsa interpellari. Neque si in obligationibus puris post obligationem contractam a debitore peti debet, ut moneatur, ideo hoc idem in cæteris ad interpellationem debitoris facere necesse est. Non enim una est conditio omnium obligationum, neque omnes debitores uno modo interpellantur. Quamobrem † in eadem caussa cum 14
iis, qui in diem debent, habendi sunt omnes, quotquot sunt, qui maleficio res alienas occuparunt, ut fures, item qui vi alium de possessione deiecerunt, aut

qui

qui eas metu ab aliis extorserunt. Hos omnes ex ipso tempore delicti moram facere dicimus, atque ideo plus, quam frustratores esse, & quidem sine ulla interpellatione. Nam cur interpellentur de ea re, nihil est, cum sciant, se, invito domino, eam retinere; nec ignorare debeant, se ex eius voluntate primo quoque tempore restituere debere, quam nec a principio auferre debuerunt. *L. in re furtiva*, §. 1. *L. ult. de condict. furt. L. 1. § rectissime. L. pen. Unde vi.* In quo quis est, qui putet speciali aliquo iure moram fieri tanquam ex re, ac non potius ex persona, idest vitio personæ, sicut proposuimus: cum illud videat per istos fieri, quominus rem restituant, quam ne tantillum quidem retinere, ac nec auferre omnino debuerunt? Hoc autem per aliquem stare, quominus det, quod debuit suo tempore, quid est aliud, quam id, quod nunc quærimus, moram facere?

15 Quibus † similes sunt & qui mala fide rem alienam possident, cum sciant, ad se non pertinere; & habeant, cui restituant. Proinde hos, re perempta, domino teneri dicimus. Nam si id in hereditatis petitione admissum est, ut dolus præteritus veniat, idest ut, etiam re perempta, possessor hereditatis teneatur: *L. sed etsi lege*, §. *quod ait Senatus*, & §. *seq. de petit. hered.* per consequentiam & in speciali in rem actione admittendum est. Neque hæc nunc ex meo sensu deprompta collectio est, sed extat apud Paulum in *L. sin autem*, §. *si homo*, *de rei vindic.* Ne quis forte nunc putet, hoc ius speciale esse in hereditatis petitione, ut Accursius fecit, & si qui sunt eum secuti, ac non idem esse in omnibus aliis petitoriis iudiciis. Ergo in his caussis etiam ex persona mora fieri intelligitur. Ac tametsi petitio sit nulla eius, ad quem ea res pertinet: non tamen eo minus rerum alienarum possessores re ipsa admoneri intelliguntur. Cumque sciant, quid, cui, & quando restituere debeant: negare non possunt, quin, si id non faciant, per ipsos stare intelligatur: ut iam mora in illorum persona sit, ac non in re tantum.

Huc usque igitur in his omnibus probe constat illa regula iuris, & Papiniani, nullam intelligi moram ex re, sed ex persona tantum. Ex persona autem hoc esse, cum per debitorem fit, quominus solvat, quod tunc accidit, cum interpellatus non solvit, quibus in caussis moneri illum oporteat. Nam qui paratus fuit solvere, si a se peteretur, nihil facere videtur, quominus eo tempore, quo creditor postulet, solvat, nisi tum, cum alias se interpellari, & admoneri ex re ipsa satis sciat. Quo casu nihilominus in persona vitium est. Ex quibus omnibus intelligitur (redeundum enim est iam ad propositum) si de re aliena non agetur, quam quis iniuria, & mala fide detineat, sed res erit ex obligatione debita: in his quidem obligationibus, quæ in diem sint, utpote in quibus certus dies non obligationi, sed solutioni dictus est, petitionem non esse necessariam: in aliis autem omnibus, in quibus certus dies solutioni constitutus non est, ius esse hoc perpetuum, nisi quid a creditore interpellatus sit debitor, ipsum moram non facere, quæcunque tandem res in obligationem deducta sit, ac quodcunque tandem genus sit obligationis: scilicet quia nihil sit, quod in cæteris debitori imputari possit, si certo die non solverit, quod certo die dare facere non debuerit. Itaque hoc superesset, ut tum daret, cum creditor petere constituisset.

Quamobrem † sic indico, neque in obligationibus sub conditione contractis, neque in iis, quæ conceptione quidem puræ, ex re ipsa dilationem capiunt, quamvis aut conditio evenerit, aut dies præterierit, quo illæ res peti possint: aliter moram fieri, quam si debitor, postquam dies venerit obligationis, interpellatus fuerit. Quia, ut in iis omnibus dies intelligatur obligationi esse constitutus, ante quem actio non nascitur: non tamen constitutus est solutioni. Promisisti Stichum, si navis venerit ex Asia. Extitit conditio, neque id te fugit. Non ideo, si statim mihi non solvis, moram facis. Dies enim in conditione inest ille quidem incertus, quo existente, res peti possit: sed non is dies, quo die postquam evenerit conditio, solvi debeat: ut appareat, nihil esse, quod debitori imputandum sit, quod hoc, aut illo die non solverit. Nihilo sane magis, quam si ab initio pura esset obligatio. † Postquam enim extitit conditio, pro eo est, quasi pure contracta esset. *L. si pupillus, de condit. instit.* De hoc genere igitur post eventum conditionis idem statuatur, quod de puris obligationibus iuris est, ut sine petitione creditoris mora a debitore non fiat. 16 17

18 Eodem modo, si † fructus futuros promiseris; si partum ancillæ: dies in his intelligitur inesse, ut tunc petantur, cum per rerum naturam præstari poterunt. Et qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem possit. *L. interdum, de verb. obl.* At nego, cum fructus

ctus perceptus fuerit, aut partus editus, debitorem in his præstandis aliter moram facere, quam si interpellatus, ut illa daret, non dederit. Non quo putem, hic diem non esse, post quam res peti possit. Peti posse fructus, cum extiterint, intelligo. Sed nego, diem esse debitori præstitutum, cum solvere debeat. Qui si esset, haberemus, quod illi imputaremus, qui præstituto die non solverit. Cum nihil tale fuerit, nihil est, quod per illum
19 stetisse videatur. Itaque aio, † si res interim perierit ante quam debitor interpellaretur, eius detrimentum non fore. Idemque de eo qui Carthagini dare promiserit, iudico, non esse huius periculum in re debita, quamvis tantum temporis præterierit, quo Carthaginem perveniri potuit, si post id tempus interpellatus non fuerit. Carthagini enim dare debuit, & ideo cum perveniri Carthaginem potuerit, peti ab eo poterit vel Carthagine, vel alio loco: Sed si petitum non sit, in
20 eo mora non est. Nam † & qui pure debet, in ea caussa est, ut statim adversus eum actio sit. Neque tamen ideo is in mora est, si ab eo petitum non fuerit. Omninoque sic definiendum est, nisi dies ad solvendum conventione utrinsque constitutus erit, vel lege, vel testamento: a regula iuris recedi non oportere, nulla ut intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.
21 Existimabit hoc loco aliquis, † his adversari quod Paulus his verbis scribit in *L. quoties in diem*, cum *L. seq.* de verb. oblig. *Quoties in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectare oportet, quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest: alioquin rei captio est. Idem erit, etsi Capuæ certum olei pondus dari, quis stipulatus sit. Nam eius temporis sit æstimatio, cum peti potest. Peti autem potest, quo primum in eum locum perveniri poterit.* Hæc Paulus. Quibus innuere videtur, cum quid sub conditione debetur, itemque cum dies tacite inest: tum, cum conditionis dies, aut ille alter venerit, similiter ut in obligatione in diem (nam ista omnia eodem numero habet) moram fieri ipso diei lapsu. Alioqui non diceret, eius temporis æstimationem spectandam esse, quo dies obligationis venit. Ad æstimationem enim rei recurri non solet, nisi cum, cum mora facta est. *L. 3. de tritic. act. L. vinum, si cert. pet.* Sed hoc nullum argumentum est. Non enim hoc loco spectari æstimationem eius temporis, quo dies obligationis venit, idcirco, quia mora facta sit, ex eo, quod de conditione dicit, facile intelligi potest. Ait enim, cum oleum sub conditione promissum est, eius æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit, idest quo tempore primum conditio extitit. Videtur ne ergo eo ipso tempore debitor statim moram fecisse? Nemo dicet. Nam ante nihil omnino debuit: & qui scire potuit, an omnino conditio eveniret? Quid ergo, si eo die rem non habuit, neque statim expedire potuit insperato rei eventu præventus? Quid, si ignoravit conditionem extitisse, & ideo se debere? Num videbitur cuiquam moram fecisse, si eo die non solvit, quo primum extitit conditio? Non arbitror, hoc quenquam tam inique esse statuturum. Arg. *L. quod te, si cer. pet.* Et tamen ex eo ipso die vult Paulus æstimationem olei spectandam esse, quo peti potuit, nihil adiiciens, an potuerit, aut debuerit ipso die dari, an secus. Ergo hoc quidem manifesto declarat, se in ea re nullam moræ rationem habere. Postremo ideo æstimationem his temporibus spectandam esse ait, quia tunc ab eo peti potest. Ergo idem dicturus erat, si præsens esset obligatio, ut eo tempore æstimatio spectaretur, quo obligatio contracta est, idest statim: eadem ratione, quia tunc a debitore peti potest. *§. omnis. Inst. de verb. oblig. L. cum, qui, §. ult. de verb. oblig.*

Quid ergo est? † Intelligo, in iis rebus, quæ functionem in suo genere recipiunt, cuius generis est oleum, nihil referre utrum oleum petam, an æstimationem olei, & vice versa si oleum petatur, posse ipsi creditori recte æstimationem solvi; quia dum scietur, quanti vulgo oleum publice veneat, facile eadem æstimatione sit reperturus. Itaque in huiusmodi stipulationibus perinde esse, quasi æstimationem stipulati essemus. Cum ergo petetur, quanti oleum est, quia præsens æstimatio, quæ tempore fuit stipulationis, in stipulationem venisse intelligitur, cum pure stipulatio contracta est: *L. fundum, de novat.* dubitari potuit, num idem dicendum sit, si in diem, aut sub conditione contracta sit. Et docet Paulus non esse idem. Nam, cum petitio in tempus dilata sit, eo tempore æstimationem esse spectandam, quia eo solum tempore peti potest, sicut & præsentem spectaremus eius rei, quæ præsenti die peti posset. 22

De † obligationibus faciendi, quæ facta temporis tractum desiderant, intra quod perfici possint, magna quæstio est. 23

Cum

Cum enim in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri debuit, in id quod interest, agatur. *L. si quis ab alio, §. ult. de re iud.* alii, cum id tempus præterierit, intra quod perfici opus posset, statim agi posse putant, etiam si promissor nunquam sit interpellatus antea, ut faceret. Diem enim ei obligationi tacite inesse. *L. interdum, de verb. oblig.* Quo non observato moram facere intelligatur. Alii diem quidem inesse concedunt: sed unde cedat, statimne, an ex quo sis interpellatus, id vero in quæstionem revocant: quod non facile id usquam nominatim cautum reperias: neque vero a regula iuris temere discedi putant oportere. Ita etiam interpellari promissorem debere iudicant. Ego autem, cur non statim agi possit, cum tantum tempus præterierit, quod ad opus sufficeret, non animadverto. Non illa ratione, qua illi putant, quod in his obligationibus dies certus præstitutus statim promissori intelligatur operis perficiendi, quo non servato, moram faciat (facile enim moram ea re non facere concessero): sed quod, eo tempore transacto, nullus quoque dies petitori constitutus sit ad petendum, ut si nunc agat in id quod sua interest, ante tempus id facere videatur. Ut enim antea agere non potuit, quod nondum satis spacii ad opus perficiendum promissori fuisset: sic, eo præterito, quod satis fuit, quominus agat, nihil est impedimento. Quod quidem diserte de hoc genere cautum est. Sic enim traditum est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula, exempli gratia, ædificari posset. Postquam vero præteriisset, statim agi posse. *L. si ita stipulatus sim abs te. L. si insulam. L. continuus, §. item si. L. existimo, §. ult. de verbor. obligat.* Ex quo intelligitur, quamvis redemptor operis, interpellatus non sit, ut opus faceret: postquam tamen tantum temporis præterierit, intra quod ædificari potuerit, cum eo agi posse. Quid verbis opus est? Hoc tempus ex die interpositæ stipulationis cedere, testatur Iulianus in *L. quoties, de oper. liber.* Eius verba hæc sunt. *Quoties certæ species operarum in stipulationem deducuntur, veluti pictoriæ, & fabriles: peti quidem non possunt, nisi præteritæ: quia & si non verbis, re ipsa inest obligationi tractus temporis: sicuti cum* Ephesi dari *stipulamur, dies continetur. Et ideo inutilis est hæc stipulatio,* operas tuas pictorias centum hodie dare spondes? *Cedunt tamen operæ ex die interpositæ stipulationis.* Hæc ille.

Neque hoc cuiquam mirum videatur, cum promissor operis moram interpellanti creditori non fecerit, conveniri posse. Non enim in puris obligationibus tunc solum cum debitore agitur, cum interpellatus iam moram fecit: sed statim. † Quod 24 enim præsenti die debetur, statim peti potest, *§. omnis. Instit. de verb. oblig.* Cuius generis hæc iam obligatio est. Cum enim pure re facturum insulam, promiseris, aut omnino nullus dies est: aut, si tacite id tempus comprehendi intelligitur, intra quod confici res potest, necesse est, eo transacto, pura obligatio evadat. Ex quo etiam agi potest. In quo nihil dissimile fit † ab iis obligationibus, in quibus 25 locus adiicitur, quo loco dari debeat. In quibus, cum dies tacite insit, intra quem in ea loca perveniri possit, hoc iuris est, ut, cum id tempus præterierit, statim agi possit. Neque id requiritur, ut debitor interpelletur, quo se itineri accingat. *L. 2. §. qui ita stipulatur, de eo, quod cer. loc. L. interdum de verb. oblig.*

Quoniam ergo in aliis interpellari debitorem volumus, ut moram faciat: † vi- 26 dendum est, quot interpellationes in ea requiramus; ac sit ne necesse sæpius debitorem convenire, eique instare, ut solvat: an vel una interpellatio sufficiat, ut ex illo videatur moram traxisse. Nam & Papinianus non protinus moram fieri scribit, si, postquam debitor interpellatus est, omissa sit debiti repetendi instantia. *L. mora, hic.* Et plerisque in locis debitores sæpius denunciationibus interpositis esse conventos legimus. Ego vero, cum diserte traditum sit, moram fieri, si debitor interpellatus non solverit, *L. mora, hic. L. si ex legati, de verb. oblig.* non arbitror, hoc constituto, ambigendum esse diutius, quin is in mora sit, qui semel interpellatus non solverit: quamvis destiterit creditor debitori instare. Verum est enim interpellatum esse, qui semel interpellatus est. Et si vere dicitur nullam moram ibi fieri, ubi nulla petitio est: recte colligitur, ubi petitio aliqua intervenerit, ibi debitorem in mora esse videri. Nec vero qui moram facere cœperit, si amplius non appelletur, eam postea non solvendo facere desinit. Quin potius, quo magis differs, eo magis mora tua, & frustratio progressu temporis augetur. Denique † mora non nisi oblatione purgatur, 27 cum semel contracta fuerit. *L. si servum, §. sequitur, de verb obligat.*

Nam † quod Papinianus scribit, non 28 continuo per debitorem moram factam intelligi, si omissa sit repetendi debiti instan-

stantia: non hanc sententiam habet, ut velit, creditorem debitori instare, ut, si hæc instantia intermittatur, mora desinat fieri. Alioqui quem tandem huius instantiæ, & importunitatis definiemus modum? Sed hoc intelligit: si creditor, cum semel debitorem interpellasset, post ab eo precibus victus, aut alia re sua voluntate inductus dicat, ostendatve, se amplius illi non instare, quin suo commodo pecuniam conficiat, quam det, cum potest: hic moram non fieri. Hoc pacto enim remissa est illi necessitas solvendi ex pristina interpellatione, quæ debitori instabat. Quod quidem fit tellando. Nequaquam autem hoc ipso recedere a pristina petitione creditor intelligitur, quod non semper interpellat debitorem.

Quod autem nonnullis in locis proponitur, creditores sæpius testato debitorem convenisse: *L. Æmilius, de minorib. L. qui Romæ, § coheredes, de verb. oblig.* nihil ad ius pertinet, sed ad facti narrationem, quod ita ex facto inciderat. Illis enim locis narratur factum, sicque hæc verba adiecta sunt, quo contumacia & frustratio debitoris magis argueretur: non eo, ut plures denunciationes ad moram conciliandam quicquam necessarias esse putaremus.

Ut sine interpellatione mora non fit in his obligationibus, in quibus nulla certa die quid debeas, secundum ea quæ di-
29 sputavimus: ita † non statim, ubi debitor interpellatus est, in mora est, uti proposuimus: sed ita demum, si nulla caussa sit
30 recusandi. *L. sciendum, hic.* † Iustæ autem caussæ sunt complures, propter quas si distulerit solutionem, moram tamen non faciat, neque per eum stare videatur. Eæque in summa fere sunt quatuor, si non debeat: si, cum debeat, ignoret tamen se debere: si, cum sciat, rem in potestate non habeat, cum petitur: postremo, si, cum sciat se teneri, & possit rem expedire, sibi, ante quam solveret, ad futuram solutionem cavere voluit, ut res in tuto collocetur. Quæ nobis paulo pluribus explicanda sunt.

31 Primum igitur in ipsa interpellatione † iusta est, ut dixi, ad differendum caussa, si non opportuno loco, aut tempore debitor sit interpellatus, quia aut eo loco, aut eo tempore non debeat. *L. Mora, hic. L. si soluturus, de solut.* Quid enim,
32 si, cum † ex fideicommisso ibi heres conveniri debeat, ubi aut maior pars est hereditatis, aut ubi testator voluit, ut ius postulat: *L. si fideicommissum, de iudic.*
33 alibi de eo a legatario interpelletur? † Quid, si quod certo die dari debuit, ante diem petatur? In quibus etsi dare rem debitor potuerit, quæ perierit postea, quæ si data esset, potuerit servari: debitoris periculum non erit. *L. cum filiusfa. §. ult. de verb. oblig.*

Iam, ut opportuno loco, & tempore interpelletur: † nihil tamen differendi 34
caussa facit is, qui ideo non solvit, non quia dare recuset, sed quia non putat, nec ullam caussam habet, cur intelligere debeat se debere. *L. quod te, si cert. pet.*
Et ideo, † si ab herede petatur quod de- 35
functus debuerit, neque quicquam profeeratur, unde intelligat, decessorem debuisse: si recuset solvere, & ad iudicium provocet, moram non facit. Habet enim iustam ignorantiæ caussam, qui in ius alterius succedit, an quod petitur, debeatur. *L. qui in alterius, de regul. iur.* Eademque ratione † si possessor bonæ fidei, 36
qui nullam caussam habet, cur putet, rem alienam esse, rei vindicatione, aut petitione hereditatis conveniatur: nihil improbe facere videatur, si ad iudicium provocet. Non enim convenit, quia alius se dominum esse dicat, huic illum statim concedere; & quia, si res pereat, periculum sit, ne teneatur, propter metum huius periculi indefensum ius suum relinquere. Itaque hac quidem opinione nec fatum rei præstabit, *L. illud, de petit. hered.* præstaturus alioquin, si in ea re restituenda, quæ petita est, moram fecisset. Quod sic fit, si scivit, aut scire potuit, si quidem attendere vellet, rem, quæ petebatur, alienam fuisse. *L. item si verberatum, in fi. de rei vindic.* Isto modo
† nec moram is facere videbitur, qui ex- 37
ceptione aliqua ita se tutum putavit: ut nulla caussa esset, cur non se tutum esse putare deberet. *L. sciendum, in fin. cum. L. seq. hic.* Quid enim, si heres, dum petitur ex eo fideicommissum, neget quisquam se debere, quia maius sit æs alienum, quam ut, eo deducto, quicquam legatis supersit, idque iusto errore ductus faciat, quia bona defuncti adhuc lateant? Hac quidem exceptione, atque hoc errore iuste ad iudicium provocat. *L. 3. in princ. hic.* Nam si ita se res haberet, ut putat: Falcidiæ legis ratione interveniente, nihil deberetur. *L. 1. §. hæc verba. Si cui plus, quam per leg. Falcid.* Ergo etsi postea appareat, plus esse in bonis, quam debeatur, atque ita condemnetur, ut evenit in specie Papiniani sub hoc *Titulo* relata in *L. 3.* non tamen moram fecisse videbitur, ut idem Papinianus scribit: si modo fraudandi caussa nihil ab eo

eo factum sit. *L. si modo hic.* Quod ita fit, si non potuit scire alia bona esse, quam quæ tunc in aperto erant, cum res petebatur. Sed etsi id ipsum metuat heres, dum ignorat defuncti bona: interim moram non faciet, si nihil dolo malo ab eo
38 cesletur. † Afferam & huius rei aliud exemplum. Quid, si debitori liberatio testamento legata sit, idque testamentum debitorem non lateat: codicillis autem qui lateant, ea liberatio adempta sit? Non videbitur, ut opinor, moram facere heres, qui se nihil debere contendat, cum codicillos ignoret: scilicet quod nulla caussa sit, cur non putet se liberatum esse, nec quicquam fraudandi caussa in ea re simu-
39 let. Ex quibus intelligi debet, † ne in iudicio quidem ipso moram fieri, cum sine dolo malo ad id provocatur. Quod ita fit, si, re petita, nihil sciat reus esse, nihil videat cur petitori statim restituere debeat. Hinc illæ regulæ: qui iudicium accipere paratus est, moram non facit, si iuste ad iudicium provocavit. *L. si quis solutioni. L. paratum, hic.* Item, qui sine dolo malo ad iudicium provocat, moram facere non videtur. *L. qui sine, de reg. iur.*

In eadem caussa est cum superioribus,
40 † qui scit, se debere, quod petitur: sed ab eo convenitur, quicum non contraxit: ignorat autem, ipsum ius petendi habere. Nam cur huic debitor rem restituat, quem non novit? Nihil ergo improbe faciat, si recuset, nec teneatur domino, si res interim perempta sit: utputa si quis inficiatus sit non adversus dominum, sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret esse, aut eius, qui deposuisset, heredem. *L. si quis inficiatus, deposit.* In quibus tamen omnibus si postea cognoverit reus, secum recte agi: ex eo tempore moram faciet, si reddere rem noluerit. *d. L. si quis inficiatus depos.*

Faciamus & recte interpellari debitorem; & scire se, quod petitur, debere:
41 † non tamen in mora est (nam hoc fuit in his caussis recusandi tertium) si, quod petitum est, tum, cum petitur, in sua potestate non habuit, ut rem creditori expedire posset: puta si servum interim sine dolo malo alio amandarit, & petit reus, ut expectetur, dum redeat. Cui rei tamen illud adiiciendum est, ut neque fecerit reus, quominus haberet. *L. quod te, si cert. pet.* Nam qui hominem occidit ante, quam peteretur, non evadet actionem, si aliquando ab eo petetur: cum per eum factum sit quominus eum daret, parumque retulerit, sciens, an ignorans eum occiderit. *L. si ex legati caussa. L. si servum, in prin. de verb. oblig.* Quid enim refert, prudens, an ignorans mihi nocuerit?

Atque hæc in specie debita expeditam rationem habent, cum ipsa præstari debeat: non possit autem præstari, si in promptu non sit. At ne in pecunia quidem numerata statim debitor, si interpellatus eam non solvit, moram facit. Neque enim cum sacco contrahere intelligitur, unde eam continuo debeat expromere. *L. quod dicimus, de solut.* Modicum intervallum debitori largiendum est ad pecuniam expediendam, non minus, quam decem dierum. Hoc enim in constituta pecunia probat Ulpianus in *L. promissor, Stichi, §. 1. de constit pec.* Cur non idem in cæteris debitoribus probare debeamus, nulla probabilis ratio reddi potest.

Postremo, etsi debitor rem habeat, quam det, & sciat, a se recte peti: tamen † si ob id ad aliquod tempus differt, 42
ut rem in tuto constituat, idest recte solvat, neque amplius, quam debet, neve postquam solverit, iterum conveniatur: non sine iusta ratione interim differre videtur, qui nihil frustrandi creditoris caussa faciat, sed id solum agat, ut sibi cautum sit. Cuius rei apud Paulum † hæc exem- 43
pla sunt in *L. sciendum, hic:* si forte amicos adhibendos debitor curet vel debito expediendo, vel fideiussoribus rogandis. Amici enim debitum expedire poterunt, si forte de ratione implicatiore mihi cum creditore res sit: itaque facient, ne amplius solvam, quam reliquum sit. Adhibebuntur etiam amici rei testificandæ caussa, ut sciri possit me solvisse. Neque enim parvi refert, quos testes adhibeam, mihi notos, an ignotos, exteros, an tales, quos, cum opus erit, requirere possim. Fideiussores etiam interest adhiberi, vel ut videant, quid solvatur, ne iterum solvant; vel ut ne debitor totum solvat, si quid forte illi iam ante solverit.

Ad hanc caussam referri debet & † si 44
debitor conveniatur, sed ab eo, cui recte solvi non potest, ut minori. *L. cum quidam, §. si pupillo, hic.* Nam † pu- 45
pillo sine tutoris auctoritate ad liberationem inutiliter solvitur. *§. ult. Instit. Quib. alien. non lic.* & adultus minor restitui in integrum potest. *C. si adver. solut.* Æquum est autem, dum a debitore solvitur, sic solvi, ut securus ea solutione reddatur.

Qui-

Quibus caussis detractis, aut si quæ sunt similes (vereor enim ne in his etiam persequendis longior fuerim, quam necesse est) si debitor interpellatus non solverit, hic demum moram facere intelligetur. Quæ omnes caussæ cum in facto positæ sint, cumque multæ iustæ exceptiones ex hoc genere variis, & infinitis circumstantiis quotidie incurrentibus reo nasci possint, ut ne interim solvere cogatur: non mirum, si Papinianus hanc rem definire
46 volens, † quando mora fieri intelligatur, difficilem dixit esse eius rei definitionem: ac ne definitione quidem ulla, aut quæstione decidi posse, idest nulla regula com-
47 prehendi, quando mora fieri videatur. † *Definitionem* enim non verbi explicationem intelligit, sed regulam: & *definire*, regula complecti, ut recte annotavit Budæus in explicatione eius regulæ, *Omnis definitio in iure periculosa est*. Quo verbo Iureconsultus regulam intelligit eandem scilicet, quæ in *L. regula, de reg. iur.* definitur, cum multi casus speciales una aliqua regula deciduntur, iusque de iis proponitur. Ulpianus in *L. de pupillo*, *§. belle*, de novi oper. nunc. *Belle*, inquit, *Pedius definit, triplicem esse operis novi nunciationem*. *Definit*, idest decidit, ac pronunciat, sive statuit.

Sed generali iure proposito, quod communiter in omnes valeat, ex quo intelligitur moram ex persona fieri, non ex re:
48 † sciendum est, singulari hoc iure quibusdam in caussis contra receptum esse, ut mora ex re fiat, etiam sine alia interpellatione. De quibus breviter nunc dicam.
49 † Id enim intelligi debet, moram ex re fieri, cum hoc ipso, quod debitor non solvit, cum sciat se debere, perinde tamen obstringitur, quasi per eum stetisset; neque aliter liberatur, quam si rem, quam debet, ipse obtulerit. *L. curabit*, *C. de act. empt. L. Titia Seio*, *§. 1. de legat. 2. L. videamus*, *2. §. sed etsi per mulierem*, *hic*.

50 Hoc † primom in persona minorum favore ipsorum receptum est. Itaque cum in bonæ fidei iudiciis, necnon legatis, & fideicommissis ex mora usuræ debeantur, ut diximus: *L. usuræ vicem*, *L. mora*, *§. in bonæ*, *hic*: pupillo si quid ex caussa legati, aut ex bonæ fidei iudicio debebitur, veluti precium ex emptione: ex ipso tempore tardæ solutionis usuræ, quasi mora facta, debebuntur. *L. in minorum*, *C. in quibus caus. rest. in integ. non est necess. d. L. curabit*, *C. de act. empt.* Hoc est, quod Papinianus *hoc Titulo* in *L. 1.* scripsit, circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latiorem interpretationem factam esse. Neminem enim ambigere, sive iudex accipiatur, in diem sententiæ; sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem, quo restituitur, usuras præstari. Quod igitur dicit, pupillo usuras præstari ex bonæ fidei iudicio, nempe tutelæ actione: non est hic favor pupillorum. Nam & in aliis bonæ fidei iudiciis usuræ ex mora veniunt. Quod præstari ait sine ulla petitione ex eo tempore, quo quid ex tutela deberi cœpit in eum usque diem, quo tutela restituitur: id vero est, quod pro favore pupillorum constitutum esse intelligit, moram scilicet ex re ipsa fieri sine ulla alia interpellatione. Quæ tamen ita fit, si debitor habuit, cui solveret. Nam, si nemo alius fuit: quia pupillo non recte solvitur, nihil est, quod debitori imputari possit. *L. cum quidam*, *§. si pupillo*, *hic*.

Similis † favor est, in caussa libertatis 51 testamento fideicommissæ, ut simul atque libertas peti potuit, quamvis petita non sit, partus ex ancilla natus pro libero habeatur perinde, quasi libertas petita esset, ut & mora in rem facta intelligatur. *L. cum vero*, *§. apparet*, *in prin.* & versic. *Quod igitur*, *De fideic. liber.* Cuius iuris rationem reddit Ulpianus in *d. §.* apparet. *Plerumque enim*, inquit, *per ignaviam*, *vel per timiditatem eorum*, *quibus relinquitur libertas fideicommissa*, *vel ignorantiam iuris sui*, *vel per auctoritatem*, *& dignitatem eorum*, *a quibus relicta est*, *vel serius petitur*, *vel in totum non petitur fideicommissa libertas*. Ex quibus intelligi potest, cur similiter hoc in persona minorum constitutum sit, ut ex re ipsa mora fiat. Constat enim satis, quam magna vel ignorantia eius ætatis sit, & imperitia, vel pudor, vel iuris sui securitas, & utilitatis nulla provisio. Quibus rebus itidem evenit, ut vel tardius petant quod debetur, vel in totum etiam ne petant.

Nonnonquam accidit tempus, cum nullo favore vel personæ, vel caussæ, mora iusta de caussa in rem decernatur. † Id fit, 52 cum nemo extat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, *§. ult. hic*. Ut igitur edicto Prætoris in rebus nostris amittendis adversus aliorum absentiam provisum est: ita hic, si creditor debitorem convenire voluit, neque potuit, cum abesset: æquum est, adversarii absentiam illi fraudi non esse, si, cum rem receptam distrahere posset, illa interim perierit. Quod † recte mihi 53 videtur dici in rem *decerni*: quia non, nisi caussa cognita, id statuatur, an mora hoc

hoc casu facta sit. Veruntamen utrunque recte legitur in *d. L. sed etsi*, & moram in rem *decerni*, & moram in re *discerni*.

Sed, ut intelligere liceat, quam vim hæc mora habeat, quam ex re in suprascriptis caussis fieri dicimus, quamque hæc mora potius non sit proprie, sed personæ, aut rei gratia sine vitio debitoris in-
54 ducatur: † inter hanc, & illam superiorem hoc maxime interest, quod, cum in re solum mora est, finita caussa, propter quam mora recipitur, desinit mora fieri, ut si minor decesserit, si vicesimum annum excesserit. Quia re vera mora non fuit, sed beneficium tantum personæ. Idemque iudicandum est in eo debitore, quo absente, in rem mora facta est, si forte is postea redierit, nec fuerit deinde
55 a creditore interpellatus. † Mora autem re vera interveniente eiusmodi, qualem antea descripsimus, semel cœpta deinceps in re perseverat, nec tempore, aut personis postea mutatur, nisi si purgetur. *L. Titia Seio, §. usuras, de legat.* 2.

Quibus expositis, quid sit in hac re, & quando debitor in mora esse videatur, intellectum puto. Deinceps igitur, ut est
56 propositum, quoniam ita definimus, † moram suam unicuique nocivam esse: *L. in condemnatione, §. unicuique de reg. iur.*
57 † quæ moræ incommoda sint, quæ debitor, mora facta, præstare debeat, dicatur. Ac fere quidem nobis exposita sunt ea, quæ extra rem, quæ in obligatione est, mora facta præstare debeat, & quibus in iudiciis; fructus dico, caussam, & accessiones cæteras, quas res diximus ex mora præstandas esse in bonæ fidei iudiciis; in aliis non item. Nam quod in stricti iuris iudiciis tunc, cum factum non esset, quod fieri debuit, id quod interest
58 præstatur, † non tam ex mora id fit, quam natura obligationis. Neque id accessio est, sed id ipsum, quod principaliter in his
59 caussis debeatur. † De re autem ipsa, quæ & deterior fieri potest, & perire, commune hoc omnium obligationum, & iudiciorum, ut post moram utrunque hoc incommodum debitor præstet. In quo illa veterum regula, & præceptio valet, eaque sola de mora ab iis generaliter u-
60 surpata est, quam tenere debeamus, † moram perpetuare obligationem. *L. si servum, §. sequitur, de verb. oblig.* Quæ eam sententiam habet, videlicet, ut, quicquid in re acciderit post moram, ut aut res interiret, aut diminueretur, perinde teneatur debitor, quasi res extaret ea, quæ iam olim petita est.

Ac primum † certo iure utimur, quæcunque res debetur, si sine culpa, & mora 61
debitoris interierit, debitorem liberari: si per eum factum sit, quominus daret, idest si moram fecerit, ac res postea perierit; eius videlicet detrimentum esse dicimus, perindeque teneri, ac si res adhuc extaret. *L. quod te, si cert. pet. L. si ex legati caussa. L. nemo, §. ult. de verb. oblig.* Id autem nihil aliud est, nisi perpetuam fieri obligationem. Maneret enim utique obligatio, si re vera extaret, quod peteretur.

Hoc loco existit quæstio, † præstet ne 62
interitum rei debitor post moram, etiamsi fato, vel natura sua res perierit, ut maxime eodem modo apud creditorem peritura fuerit. Et, si nobis constare volumus, ne quid mora debitoris creditori damnosa sit, dicendum est, præstare debere, ac proinde æstimationem deberi, si rem restitutam creditor distrahere potuerit: iustissima ratione, ut quod ille lucrari potuit, si rem recepisset: hoc ipsum saltem post moram a debitore consequatur. Ulpianus in *L. cum res, §. ult. de legat.* 1. Item si fundus chasmate perierit: Labeo ait, utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius distrahere. Satis habet igitur Ulpianus, quod legatarius rem distrahere potuit, non hoc spectans, an etiam probari possit, eum fuisse distracturum, vel quod id iactaret, vel quod homo pauper esset. Imo adeo si homo locuples fuit, qui fundum receptum non facile esset venditurus: quia tamen vendere potuit, putat, æstimationem consecuturum. Non enim quid non habeat, sed quid haberet, si vellet, considerandum est. Idem in *L. Item si verberatum, §. ult.* de rei vindic. *Si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo, & culpa possessoris; precium non esse præstandum, plerisque placuit. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset: moram passo debere præstare. Nam, si ei restituisset,* inquit, *distraxisset, & precium lucratus esset.* Quid hoc est? *Si ei restituisset, distraxisset?*

Minime vero, dicet aliquis, hoc necesse est, si petitori res restituta esset, fuisse distracturum. Non nego. Sed hoc sic accipiendum est, *distraxisset*, si vellet; ut totus hic locus secundum illum alterum eiusdem Ulpiani accipi debeat, ut precium, quamvis re extincta, debeatur, si petitor eam distracturus erat, idest si distrahere potuit; vel, quod idem est, distrá-

distracturus erat, si modo vellet. Nam, nisi ita esset: non ita, quasi explorata ratione, subiiceret, illum fuisse distracturum. Quod non semper accidit: quin potius, ut plurimum fit contra. Loquitur autem, ut apparet, utroque in loco de re, quæ sine dolo malo, & culpa possessoris perierit vel natura sua, ut morte: vel fato, ut chasmate. Quorum utrumque in re etiam restituta accidisset: ut hoc iam exploratum relinquatur, quocunque modo res perierit, sive culpa, sive absque culpa; fato, aut secus: semper æstimationem deberi post moram, si rem acceptam creditor distrahere potuerit. Et recte. Non enim res peritura fuisse videtur creditori, cuius precium habere potuit, etiam si maxime corpus absit. *L. Labeo, de verb. signific.*

63 Quod † si rem acceptam nec distracturus fuit creditor, idest si non potuit distrahere: cum culpa rei non perierit, sed fato & natura sua, nec precium restituere debebit is, cum quo actum est, sed periculum ad petitorem pertinebit. *L. si plures, §. ult. depositi. L. item si cum exceptione, §. si autem, de eo, quod met. caus.* Merito. Non enim est æquum, id exigere petitorem, re demortua, quod nec habiturus esset, si res esset restituta. Itaque verba Caii hæc, quibus utitur in *L. si plures*, depos. *quia æquum sit, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura sit ea res, etsi restituta esset*, sic interpretor: non ut reddat rationem, cur naturalis interitus ad actorem pertineat, quia interitura sit ea res, etsi restituta esset: sed ut interpretetur quod dixerat, naturalem interitum ad actorem pertinere, id fieri utique, idest tunc, cum res interitura fuerit, si esset restituta. Nisi forte *naturalem interitum* rei sic accipimus, cum res senio & vetustate confecta est. Quod nescio, an satis Iureconsultus significet, & tamen eodem redit. Non enim, ut ante dixi, intelligere debemus, rem interituram fuisse petitori, si asservata eodem casu interitura esset secundum corpus: sed ita, si nec eam distrahere potuit, nec precium lucrari. Nam qui precium rei habere potuit, huic nequaquam res periisse putanda est.

Sed non potest, inquis, ita res periisse, ut non ante petitor eam distrahere potuerit. Sic fit, ut nunquam interitus ad actorem, sed semper ad reum pertineat, contra manifestam Caii, & aliorum locorum sententiam. Imo vero multis de caussis accidit, ut, quamvis res nostra fuerit, eamque possideremus: distracturi tamen non fuerimus, quia iure prohibeamur. Finge, pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. Non potuerunt eæ res, etsi restitutæ essent, a pupillo sine decreto alienari. † Neque porro ex decreto a- 64
lienatio permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, & creditoribus satisfaciat. *L. 1. de reb. eorum qui sub tut. vel curat. sunt*. Quid, si res erit ab herede ex die, aut sub conditione ex fideicommisso relicta, quæ ante diem, aut conditionem ab illo vindicetur? † Illarum re- 65
rum alienatio iure interdicta est. *L. ult. §. sed quia, cum, §. seq. Aut. Res, quæ, C. com. de legat.* Finge igitur, interim periisse sua natura, & fato sine culpa possessoris. An non res erit, quæ heredi eodem modo peritura fuerit, quia iure distrahere non posset? Sit pater, qui filium suum ex servitute tanquam servum suum, vel sibi debitum, repetat ad manumittendum. Is filius interim perierit sine culpa possessoris. Inique faciat pater, si precium eius petat, quandoquidem illi isto modo periisset. Non enim fuit distracturus, quem inprimis manumissum cupiebat, eaque gratia etiam petebat. Ne exemplis res indigeat, si ibi ædes meæ ædificatæ sint, quas nunc peto, ubi ex publico decreto destrui iubeantur, atque interim incendio consumptæ sint: videturne quisquam eas empturus fuisse, etiam si reddidissem? Nemo dicet. Hoc modo igitur intelligendum est, rem petitori fuisse perituram, quamvis restituta esset, quia nec eam vendere potuerit; proinde etiam detrimentum ad eum pertinere secundum ea, quæ diximus. Et breviter quod creditor, re restituta habere potuit, id, ea amissa, illi præstari æquum est. Quod, re restituta, non esset consecuturus: id vero nec, ea perempta, æquum est ab illo exigi.

Cum autem constet, mora facta perpetuari obligationem, ut deinceps perinde debitor teneatur, quasi res extaret, etsi perierit: *d. L. nemo, §. ult. de verbor. oblig.* † consequens est, hoc posito, non 66
solum ipsum teneri post moram: sed etiam eos omnes, qui, re vere extante, eo nomine tenerentur, nempe heredes debitoris, & accessiones, idest fideiussores, ac cæteros, qui ex obligatione alterius per consequentias eo nomine conveniuntur. Idest quod Paulus significat in *L. si servum, §. videamus, & seq. de verb. obligat.* dum istis omnibus produci, & perpetuari obligationem ait, ac non tantum in persona eorum, qui ipsi moram fecerunt. Hoc est, quod apertius alibi traditum

tum

67 tum eſt, † moram rei nocere quoque fideiuſſori. *L. ſi quis ſolutioni*, §. 1. *hic*. *L. mora*, *de verb. oblig*. Nec quiſquam iniquum eſſe putet, cum fideiuſſor nihil fecerit, ſitque etiam extra omnem culpam, ex alieno facto teneri. In totum enim ex perſona ſua hic non convenitur, ſed debitoris, qui, cum perinde teneatur, quaſi res extet; neceſſe eſt, ut fideiuſſor quoque idem præſtet, qui eam obligationem ſua fide eſſe tulerit. Teneretur enim ſine dubio, ſi res extaret.

At enim fideiuſſoris obligatio mora rei augeri non poteſt. Non enim, ſi quid intereſt creditoris propter moram, id a fideiuſſore exigi ultra, quam promiſit, æquum eſt. *L. centum Capua*, *de eo quod*

68 *cer. loc.* † Sed aliud eſt augeri fideiuſſoris obligationem: aliud non minui. Quemadmodum igitur non augebitur propter moram debitoris: Ita propter eandem cauſſam minui iniquum eſt. Nunc autem, cum fideiuſſor ex perſona rei convenitur, non augetur eius obligatio, ſed non minuitur.

69 Sed † & illa conſequentia ſunt, ut & res adhuc peti poſſit, & obligatio accepto ferri, & poſſit etiam novari. *L. ſi ſervum*, §. *ult. de verb. oblig.* Hæc enim omnia locum haberent, ſi re vera res extaret: ut generaliter hic dicendum ſit, moram efficere, ut res ſemper extare videatur.

Quod in re tota extincta diximus, ut

70 mora perpetuam faciat obligationem, † idem etſi qua in parte res diminuta, corrupta, vitiatave, aut quoquo modo deterior facta ſit: dicendum eſt, ut in eo quoque perpetua obligatio ſit, eoque nomine debitor teneatur, quanto res deterior facta fuerit. Huc pertinet, quod Ulpianus in *L. 3. in ſi. de cond. tritic.* ſcripſit, eum res deterior redditur poſt moram, eum, qui reddat, non liberari. Quare ad tempus moræ in his redocendam eſſe æſtimationem. Item quod idem ſcribit, furem deteriorem rem dando non liberari.

71 † Semper enim videri moram facere in *L. in re furtiva*, §. 1. *de cond. furt.* Ex quo declarat generaliter, qui moram faciat, in eadem cauſſa eſſe, cum mora in cauſſa ſit, cur re deteriore reddenda fur non liberetur.

72 Quod † ſi res manebit, quæ fuerat, & erit integra: quod in ſtricti quidem iuris iudiciis (nam in bonæ fidei iudiciis aliud iuris eſt) quod in illis, inquam, præter rem ex mora petatur, nihil eſt. Itaque neque id, quod intereſt, peti poſſe, uſquam relatum eſt. Id quod ſi creditor conſequi poſſet: fructus ex mora conſequeretur, quos illi non abeſſe plurimum eius intereſt. At † hi certo iure non petuntur ex 73 ſtipulatu eiuſdemque generis actionibus, etſi mora facta ſit. *L. videamus*, §. *ſi actionem*, *de uſur.* Ac † ne in vino qui- 74 dem, & oleo, cæteriſque rebus ſimilibus, ſi res poſt moram viluerit, æſtimatio rei præſtatur eius temporis, quo mora facta eſt: ſed, ſi certo die dari debuit res, æſtimatur, quanti tunc fuerit: ſin minus, quanti tunc, cum petita eſt: ideſt quanti fuit tempore litis conteſtatæ *L. vinum*, *ſi cer. pet. L. ult. de cond. tritic. L. 3.* §. *in hac commod.* Quod ſane vel maximo argumento eſt, non Ideo illorum temporum æſtimationem fieri, quia mora facta ſit (quod ſi eſſet, ſatis fuiſſet idem hoc ipſum de omni mora in univerſum dicere): ſed ideo, quia ita convenerat, ut illo tempore præſtarentur, quod factum non eſt. Atque † ego generaliter ex mo- 75 ra peti poſſe id, quod intereſt, intelligo, ſi factum non ſit, quod fieri debuit, ut iam ante dixi, ut ſi fundum certa die præſtari ſtipulatus ſim, neque traditus ſit: in id, quod mea intereſt, agere poſſum: *L. ſi fundum certa die*, *de verb. oblig.* † non tamen ideo, quia mora facta eſt: 76 ſed pro iure communi, quod valet in omnibus faciendi obligationibus, quia factum non ſit, quod fieri debuit. *L. ſi quis ab alio*, §. *ult. de re. iudic. L. ſtipulationes non dividuntur*, §. *Celſus*, *de verb. oblig.*

Cum ſint hæc incommoda moræ, quæ In debitore hereant, ut, quamvis nihil dolo malo, culpave in ea re fecerit, periculo tamen rei obſtringatur, tum in bonæ fidei iudiciis fructuum, & uſurarum præſtatione: tamen † ſciendum eſt, non 77 ſemper uſque ad extremum hæc incommoda debitorem ſequi, ſed certis modis purgari moram, ac finiri ſic, ut ille omni periculo liberetur. Id dupliciter efficitur, aut voluntate creditoris, aut ipſius debitoris opera.

Voluntate creditoris, † cum ſua ſpon- 78 te remiſit, ut Papinianus loquitur, repetendi debiti inſtantiam. *L. mora*, *hic*. Id † quod ſine ulla alia manifeſta teſtatione 79 etiam tum feciſſe intelligitur, cum, aut præſente re debita, aut abſente, eandem rem ab illo novandi animo pure ſtipulatus eſt. *L. parvi*, *de cond. fur.* Nam cum veterem obligationem in novam transtulerit, & ex nova nulla mora ſit, ex qua res iam ſolum debetur: priore illa ſublata, neceſſe eſt, mora, quæ inde oritur, extinguatur. Ac, ſive novatio effectum habeat, ſive non habeat: tamen, quia

quia creditor subesse putavit, voluitque, vetere relicta, ex sequenti expectare: voluntate eius mora finitur. *L. scire, §. ult. de verb. oblig.* Hæc tamen ita, ut dixi, si pure novandi animo stipulatio sequens
80 interposita est. † Cæterum, si creditor eandem rem sub conditione stipulatus est: quia prior obligatio non statim tollitur, sed tunc demum novatio fit, cum conditio posterioris stipulationis extiterit: mora non extinguitur, nisi, re præsente, stipulatio sequens interposita sit: quod si accidat, ut res præsens sit, etiam hic mora finietur. Nam qui rem præsentem non accepit, sed maluit ex posteriore stipulatione expectare, haud dubium id quidem est, quin hic debitori debiti repetendi instantiam remiserit. Hæc ita Marcellus in *L. qui decem, §. 1. de solut.*

81 De facto autem rei † placet, eum, qui interpellatus aliquando dare noluit, postea offerentem periculo liberari, quamvis invito creditore. *L. interdum, §. ult. L. qui servum, §. sequitur, de verb. obli. L. qui decem, §. 1. de solut.* Quo facto
82 proprie, atque usitate † *purgare moram, eluere, emendare, delere* debitor a Iureconsultis dicitur, cum scilicet ita deleas, quasi nulla sit, nihiloque magis tenearis, quam si non fecisses. Nec, quia debitor aliquando interpellatus improbe solutionem distulit: ideo creditor nunc, illo offerente, iuste recusaverit. Nec præfracte regulam iuris accipiemus, post moram perpetuari obligationem, ut eius rei periculum effugere non liceat, quin solvere necesse sit. Hæc enim quæstio, ut Celsus adolescens dicebat, de æquo, & bono est, *in quo genere plerunque,* inquit, *sub authoritate iuris scientiæ perniciose erratur. L. si servum, §. sequitur. de verb. oblig.* Non est autem æquum, teneri, pecunia amissa, eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset, ut recte Marcellus disputat in *L. qui decem, in princ. de solut.* Et eleganter definit,
83 † pro soluto haberi oportere id, in quo creditor accipiendo moram fecit. Recte etiam Paulus in *d. L. si servum, §. sequitur,* de verb. oblig. *Cum de damno quæritur,* inquit, *& par utriusque caussa est, quare non potentior sit, qui tenet, quam qui persequitur?* sic fit, ut unicuique mora sua noceat iuxta regulam iuris. *L. in condemnatione, §. unicuique*
84 *de reg. iur.* Hinc dictum est, † posteriorem moram nocere. *L. illud, de peri. & com. rei vend.*

Sed, cum dicimus, moram purgari, ut periculo rei liberetur debitor: diligenter, quid a nobis dicatur, considerandum est. Nempe hoc eo pertinet, ut ne futuros casus rei debitor præstet, ex quo moram facere desierit. Cæterum † si quid pro- 85
pter præcedentem moram iam intersit creditoris, si qua in re ius illius factum sit deterius: etiam, atque etiam animadvertendum est, huius rei actionem illum postea offerendo evitare non posse. Diligentia enim sua, & cautione sibi in futurum prospicere potuit: eo modo deteriorem conditionem creditoris facere non potuit. Quapropter nihilominus, si qua in re res petita deterior facta sit, id semper ab illo consequi poterit. *L. utique, de recept. arbit.*

Quæ in re, quæ debetur, offerenda diximus, † eadem omnia in faciendi obli- 86
gationibus intelligenda sunt. Nam & cum præterierit tantum temporis, intra quod opus fieri potuerit: non iam factum ipsum, sed pecunia peti potest. *L. stipulationes, §. Celsus, & §. ult. de verb. obligat.* Veruntamen, † si ante litem contestatam 87
redemptor operis insulam ædificet, idest faciat quod in se est: hunc quoque liberari placet. *L. si insulam, de verb. oblig.* Et rursum † hoc quoque sic accipiendum 88
est, nisi quid iam mea intersit, quod hoc usque cessaveris. Finge, ligna tempore corrupta esse: finge cæmenta, lapides, operarum aliquas mercedes periisse, rem mihi vacasse, cum fructus interim percipere liceret. Ea mihi abs te omnia præstari æquum est. Et sane de eo, quod mihi incommodatum est, cum mihi iam abs te actio nata sit: eam actionem mihi facto tuo adimere non potes. *L. ita quis, §. Seia. L. stipulationes, §. ult. L. existimo, §. ult. de verb. oblig.* Quod ergo dicitur, posse te postea ædificantem liberari, sic intelligendum est: posse te liberari, ne pecuniam pro eo, quod facere debueras, si omnino non faceres, præstare cogare, ubi nunc ædificando nihilo pluris intersit mea, quam si ab initio esset ædificatum: non ut, si qua in re mea intersit, quod antea, cum posses, non ædificaveris, quamvis nunc ædifices, eius rei præstationem evites, cum iam mihi damnum datum sit. Et in summa oblatio rei, ne in aliquod sequentis temporis periculum incurras propter cessationem tuam, efficere potest, ut creditoris non intersit, si quid iam interest, præstare non potest.

Quo † sit, ut illic quoque supervacua 89
sit rei debitæ oblatio post moram, cum aliquid creditori deberi cœperit ex mora, quod quominus debeatur ex conventione, evitari non possit. Id accidit, quoties

certo

certo die aliquid promissum est, ac, nisi eo die daretur, pœna in stipulatum deducta est. Nam, si sua die res data non sit, pœna deberi cœpit necessario ex conventione, qua commissa, non possis efficere postea ulla oblatione, quin verum sit, te semel pœnam debere cœpisse. *L. Celsus, de re. cep. arb. L. traiectitiæ, de obligat. & act.* Absurdum sit autem actionem creditori quæsitam invito auferri. *L. habere, de evict. L. pen. de pact.* Denique quod iam creditori acquisitum sit per debitoris moram: in eo de purgatione moræ quærere supervacuum est. In quo autem res adhuc integra est, id est, cum nihil aliud debetur, quam quod in obligatione a principio fuit, nec mora ius actoris factum est deterius: in eo, dum futurum periculum timemus, ei periculo iam ante occurrere possumus, rem, quæ debetur, offerendo. In eoque moræ purgatio locum habet.

Atque hoc de pœnali stipulatione dictum est a nobis, cum in stipulatione principali certus dies dictus est solutioni, ac
90 deinde pœnalis stipulatio secuta est. Nam † si pure aliquid debeatur, quod, nisi solutum sit, pœna promittatur: etsi mora facta sit a debitore: rem tamen postea offerendo pœnam evitabit. Nimirum ob id, quod pœnalis stipulatio hoc casu commissa non est, & ideo nondum pœna debetur. Nondum enim verum est, debitorem non dedisse, quod illum dare oportuit. *L. 1. de penu. leg.*

91 Unum plane genus stipulationis in his † excipio. Ea est, quæ fit iudicio sistendi caussa: Cum enim ita convenit, ut quis iudicio certo die sisteretur ac, nisi sisteretur, pœna promissa est; etsi eo die statum non sit: si tamen post tres, aut quinque, pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius deterius ex mora factum sit: Caio placet, defendi eum debere per exceptionem, *L. etsi post tres, siquis caut.* Non quod non summo iure hic pœna commissa sit: sed quia iniquum sit pœnam exigi, quæ propter metum eius, quod interest creditoris, promissa est, cum palam est eius nihil interesse.

92 At enim traditum est, † cum pœnam stipulamur, non inspici, quid intersit: sed hoc solum, an id factum non sit, quod fieri debuit. *L. stipulatio ista, § alteri, de verb. oblig.* Concedo, cum illud constat, nihil aliud spectasse stipulatorem, nisi ut id fieret, quod fieri voluit. Enimvero ubi id spectavit, ut id fieret ad suum aliquod commodum, quod voluit, idque certum est: non debet, si nihil eius intersit, pœnam petere, quia non id actum est. Id quod in hoc genere stipulationis apparet. Nam qui stipulatur adversarium iudicio sisti, non eo stipulatur, quia libeat illum in iudicio conspicari: sed ut cum ipso liceat eo tempore, ut vult, de iure suo experiri. Demus igitur alio tempore stetisse non multo post, & æque commode cum illo experiri posse. Et durum, & iniquum est pœnam exigere. Non enim hic verba stipulationis, sed sensum & mentem intueri debemus. Contra sententiam autem stipulatoris nihil factum est, si eius nihil interest. † Præclare vero a veteribus dictum est, summum ius summam esse 93
crucem. Quod si commodum ullo modo esse posset, illo tempore aliquid fieri: etiam si non probaretur, commissa esset pœna. *L. Celsus, de recept. arb.* Nunc nihil interesse perspicuum est.

Atque etiam hic sciendum est, quibus in caussis moram purgari posse diximus, † ante litem contestatam duntaxat purgari 94
posse: post litem contestatam non posse.
† Idque sine dubitatione in faciendi ob- 95
ligationibus receptum est. Cum enim petita sit pecunia ob id, quod opus factum non est: post litem contestatam nihil iam in iudicio, nisi pecunia, versatur. Quo fit, ut opus faciendo, nempe aliud pro alio solvendo, debitor non liberetur. *L. si insulam, de verb. oblig.* Sed de specie debita dubitatur. Nam si eam post litem contestatam offerat debitor, id ipsum offert, quod petitum est. † Sed verius est, 96
ne hic quidem factum actoris, nisi usque ad tempus iudicii, ipsi nocere. *L. sed etsi alia, de constit. pecu.* Non quo non debitor actori satisfaciendo, idest rem, & damna litis præstando, officio iudicis absolvi debeat: *§. ult. Instit. de perp. & tempo. act.* sed quod vel secundum eam regulam, nisi iudicis officio absolvatur, nihil sine iusta caussa recusari a creditore videatur, qui, lite suscepta, semel rem totam arbitrio iudicis permiserit. Et sane constat, † iudici statim, atque iudex factus est, omnium rerum officium incum- 97
bere, quæcunque in iudicio versantur. *L. Ædiles, §. item sciendum, de æd. edict.* Ita fit, ut actor rem oblatam recte recusare possit, si dicat, non omnia sibi reddi, quæ oportet. Nam, si præter rem cætera quoque offerantur, quæ petitoris intersunt: neminem arbitror tam fore suis rationibus inimicum, ut id, quod offertur, sit recusaturus.

Atque hæc de debitore dicta sunt illa quidem: † sed ita, ut, mutata persona de- 98
bitoris,

bitoris, eadem omnia in creditore acci-
pere debeamus, si is in eo, quod offer-
tur, accipiendo moram fecerit. De quo
superest, ut pro instituto iam breviter co-
gnoscamus. Ut igitur debitori sua mora
99 nocet: ita nocet & creditori. Itaque †
non solum si rem oblatam creditor acci-
pere noluerit, eaque postea perierit, de-
bitor liberatur, ut modo diximus: *L. si
servum, §. sequitur, de verb. obligat.*
100 sed etiam in nummis, † si debitor decem,
quæ debet, obtulerit creditori, & ille si-
ne iusta caussa accipere recusaverit, de-
inde debitor ea sine culpa sua perdiderit:
doli mali exceptione poterit se tueri,
quanquam aliquando interpellatus non
solverit. Quamvis enim verum sit, quæ
decem perierunt, non ea fuisse, quæ de-
101 bebantur, † vulgoque dici soleat, genus,
ut pecuniam debitam, perire non posse:
L. incendium, C. si cert. pet. tamen re-
ctissime Marcellus: *Non est*, inquit, *æ-
quum teneri, pecunia amissa, eum, qui
non teneretur, si creditor accipere vo-
luisset.* L. qui decem, *de solut.*

Sed, ut debitor, quamvis interpellatus,
si iusta de caussa non solvit, moram non
facit: ita † creditor moram facere in ac- 101
cipiendo intelligitur is solum, qui, quod
opportuno loco, & tempore offertur, re-
cusat accipere. † Quod autem secus of- 103
fertur, eius recusandi honesta ratio est.
*L. si soluturus, de solut. L. qui Romæ,
in prin. de verb. oblig.*

Iam quod diximus debitorem, cum mo-
ram fecerit, rem postea offerendo purgare
moram: † idem quoque in creditore in- 104
telligendum est, ut si, postquam rem ac-
cipere recusarat, eam rursus a debitore
petat: ille recusando moram facere intel-
ligatur, si non res ipsa sine culpa eius iam
perierit. *d. L. qui decem, de solut. L. de-
bitor, hic.* Adeo † illud vere dictum est, 105
moram posteriorem unicuique nocere.
L. illud, de per. & commo. rei vend.
Hactenus de mora.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENT.

Ad L. penult. Gallus. Tit. D. de Liberis & Postumis.

Scævola lib. 7. Quæstionum.

Gallus Aquilius sic posse institui postumos nepotes induxit, si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit heredes sunto.

S U M M A R I A.

1. *Summa totius legis* & seq.
2. *Quid caverit Caius Aquilius, & quid Lex Velleia*.
3. *Dubitandi ratio, eiusque solutio a Veteribus interpretibus excogitata* & n seq.
4. *Eadem a Donello refutata & L* a fratris penult. D. de legat. 1. & §. postumus 28. Inst. de Legat. ibid. *exposita*.
5. *Pressior veterum confutatio*.
6. *Alia superioris dubitationis solutio hic ab auctore proposita, & quæ*.
7. *Quinam sint postumi, quos institui posse Gallus induxit*.
8. *Et quatenus illi possint institui*.
9. *Quomodo idem Gallus potuit hoc inducere*.
10. *Verbum* induxit, *quo sensu accipiendum*.
11. *Quæ hic verbi* instituti *significatio*.

1 PRoponitur hac † lege sen-
tentia Gallii Aquilii, item
legis Velleiæ: quorum
utrumque, est de nepoti-
bus nondum natis insti-
tuendis, quos pater præ-
cedit: utroque id agitur,
ut instituere liceat, sub hac conditione:
si pater vivo avo decesserit, idest, si ne-
2 potes sui nascentur. Duo hæc † ita di-
stinguuntur: Gallius Aquilius de nepoti-
bus tantum postumis cavit, idest, qui post
mortem avi nascentur: relicti erant, qui
post testamentum nascantur vivo avo, er-
go de his L. Velleia cautum est, §. *Et
quid si tantum*, vers. *hi enim casus*, §.
nunc de lege, in pr. Item *circa fin in*
vers. *denique, h. L.* De sententia Galli
Aquilii Scævola initio tractat, quam in-
terpretatur tantum; etiam de L. Velleia
in §. *nunc de lege*.
Sententia Galli initio proponitur, simul
quid ea sententia cautum sit. Est autem
hæc propositio: Gallus induxit, sic posse
postumos nepotes heredes institui, ut est
in formula. Hic quæritur: † frustra Gallus 3
& Scævola laborarunt: nihil opus fuit hoc
inducere de nepotibus, quia etiam antea
institui potuerunt. Plus dicimus, Gallus
non induxit nepotes posse institui, id enim
inducitur, quod antea non fuit: antea in-
stitui potuisse argumento est, quod si Gal-
lus aliquid induxit; necesse est, aut ne-
potes ante institui non potuerint, aut non
hoc modo, ut Gallus scripsit. Antea po-
tuerunt. Sciendum, postumos duplices es-
se: alios suos; alienos quosdam. Alieni
sunt, qui nati inter suos heredes futuri
non sunt; sin, contra, §. *postumo*, §. *postu-
mus, de legat.* Postumos alienos institui
non potuisse, certum est ex §. 1. *Instit.
de bon. poss* Nepotes postumos alienos non
induxit, nam non potuit: nec, si posset,
fecit. Non potuit, quia cautio hæc non
est lex, sed Galli sententia, §. & *bene*.
At sententia est hominis privati affirma-
tio; lex, præceptum & iussus: sententia
privata est; lex commune præceptum, *L.*

1. *de*

1. *de legib.* Ergo cum iure institui non possent, Gallus contra facere non potuit. Nec si potuisset, voluit. Nam Gallus id induxit, postumos institui posse, qui sui nascerentur, §. *hi enim casus*, & §. *seq.* hoc item ex formula liquet. Nepotes ergo alienos institui posse non dicit; suos vero multo minus. Nam etsi de suis nepotibus Gallus cavit, tamen sui antea institui potuerunt. Ergo ipse hoc non induxit. Id probatur ex eo, quod postumi solum alieni excepti sunt: idest, solum hoc de alieno postumo scriptum est. Porro plura genera postumorum esse non possunt, ut definitiones declarant. In hac difficultate † veteres dicunt, Gallum de postumis alienis induxisse: secundum quod recte dictum est, inductum esse ut instituantur, quoniam ante non poterant. Hanc sententiam satis diluimus. Probant id tribus ex locis. Primo ex *L. a fratris, pen. de legat.* 1. ibi dicitur: *obtinuit Galli sententia, nepotes postumos alienos legitimos nobis heredes fieri posse.* Respondeo, nihil ille locus huc facit, quia hoc loco agitur de nepotibus instituendis; illic de legitimis heredibus scribitur. Legitimi heredes sunt, qui sine testamento heredes fiunt lege: Sic legitima tutela, sic legitimi heredes, qui ab intestato. Præterea hoc loco Gallus agit de nepotibus instituendis, qui sui nascentur: *L. pen.* agit de postumis penitus alienis, puta de fratris filio. Ergo necesse est fateri duas hasce sententias esse: quarum una est de nepotibus instituendis, idest nepotes institui posse solum, qui sui nascentur; altera de nepotibus legitimis heredibus, idest omnes etiam alienos legitimos heredes nobis fieri posse. Sententia Pauli obiter hæc est. Quæstio est, utrum a fratris postumo, idest filio qui post mortem patrui nascetur, fideicommissum relinqui possit a patruo: Duo impediebant, quæ Paulus removet. Primum quod postumo alieno legari non potuit §. *postumo, Instit. de legat.* ex quo colligitur ab eo quoque legari non posse. Nam ab eo relinquere possumus, cui aliquid relinquimus. *L. ab eo, C. de fideicomm.* Alterum impediebat, quod cum patruus a fratris postumo fideicommissum relinquit, tacite postumum heredem esse velle intelligitur, heredem legitimum; quia, cui nihil legamus, ab eo legare non possumus, aut fideicommittere; nisi eum heredem legitimum faciamus, *d. L. ab eo.* At postumum alienum legitimum heredem facere non possumus, quia instituere non possumus. Duo hæc ita removet Paulus. Legari postumo alieno non potest. Esto: at fideicommitti potest, & ideo ab eo fideicommissum relinqui, quia in legatis subtilitas iuris spectatur; in fideicommissis voluntas sola servatur. Quod autem de heredibus faciendis dicitur, non recte colligitur: Postumi alieni institui non possunt, ergo legitimi heredes fieri non possunt. Contra obtinet, legitimos heredes fieri posse. Nam ideo postumum alienum instituere non possumus, quia iudicium certum testantis esse debet; legitimi heredes fieri possunt alieni postumi, quia per rerum naturam certi sunt, cum nascentur. Lex autem solum iubet heredes esse, qui nascentur. Summa: nihil minus probari ex contraria L. quam postumos alienos institui heredes posse. Citatur & §. *postumus, Inst.* de legat. *postumus alienus & antea institui potest, & nunc potest.* Sic argumentantur. Ante Gallum Aquilium non potuit: post Gallum Aquilium non probatur id inductum esse. Ergo necesse est a Gallo Aquilio inductum. Resp. Postumus alienus iure civili non potuit institui, nec ante Gallum, nec post. Quod primum a Iustiniano inductum est, Tit. *de bonor. possess. in pr. Instit.* Quod autem Iustinianus scribit, antea potuisse, sic intelligitur: videlicet, iure Prætorio. Nam bonorum possessionem secundum tabulas petere potuit. Hic rursum obiicitur: Non modo iure Prætorio potuit, sed etiam Civili, *d. t. de bon. possess. in pr.* ubi dicitur, induxisse se, ut postumus alienus institui possit, quasi nec iure Civili incognitus. Id sic interpretandum: Postumum iure Civili non fuisse incognitum, non quod certo institui posset, nam revera nunquam potuit; sed quod non sit incognitus, si quis ius recte interpretaretur, quod veteres non faciebant. Nam si quis recte attendat: postumus alienus, incerta persona non est. Cæterum aliud veteres existimabant, & ex ea sententia institui non potuit. Hoc probatur ex eo, quod primus Iustinianus hæc constituit; ergo antea non potuit institui. Breviter † dicam, nec de postumo alieno induxisse Gallum, neque de suo, quia is antea institui potuerit, ergo in hac re nihil induxisse. Restat si potuerunt institui antea, hoc modo institui non potuerint, ut Gallus cavit. At ne hoc quidem verum est: nec in hac re quicquam Gallus induxit, si antea institui hoc modo non potuerunt. Modum hic intelligimus, aut ut non potuerint institui hac conditione, *si filius me vivo morietur*, aut non his verbis quæ Gallus concepit. Hac conditione antea maxime institui potuerant. Nam secundum hanc

hanc conditionem instituitur nepos, qui suus nascetur. Suos institui potuisse satis constat: ut his verbis institui possent, non induxit: nam quibuscunque verbis poterunt. Præterea de verbis & formula Gallus non cavit. Stultum est, cum res quovis modo fieri potuerit, adstringere eam formulæ. Præterea hæc sententia Galli appellatur. §. *& bene*, *h. L.* At sententia non est nisi de re inter aliquos controversa. De verbis quæsitum non fuit. Postremo, ut intelligatur eum de verbis non cavisse, placet aliis quibuslibet verbis posse institui, etiam ex Galli sententia, §. 1. §. *quare non iudex*, *h. L.* Ergo si alieni postumi institui non possunt, etiam ex Galli formula; si sui antea poterunt quovis modo; si de verbis non cavit Gallus: is nihil omnino induxit. Aut si formulam commodiorem concipere voluisse dicimus, hoc totum inutile est, cum aliis verbis quibuslibet potuerint institui.

6 Sic dicendum †. Fatendum de alienis postumis Gallum non cavisse, item suos antea institui potuisse, sed non ideo nihil induxit: Sui enim potuerunt institui, sed posse non putabantur a veteribus, ex eaque sententia institui non poterunt. Id ita colligitur: Sententia non est, nisi in re controversa. Ergo Gallus hoc sensit, quia alii contra sentiebant. Aut iure sentiebant, aut errore. Iure non sentiebant, alioqui Gallus contra non potuisset inducere. Hoc posito, quærendum quid veteribus obstiterit, quominus putarent institui. Caussa hæc fuit. Constabat postumum alienum institui non potuisse; id ex Iure Civili sumptum esse Iustinianus dicit; Ius civile utrum Legem XII. Tab. interpretamur, an vero interpretationem Prudentum? Theophilus L. XII Tab. interpretatur. Sed fortasse non recte, quia lege XII. Tab. plenissima potestas erat heredes instituendi. *L. verbis*, *de verb. Signif.* Magis ergo est ut natum sit ex interpretatione prudentum. Nam veteres L. XII. Tabularum sic acceperant: ut quisque legare posset, si certo iudicio legaret. Hinc ius est, incertas personas institui non posse. Ulp. *in fragm. Tit. de Hered. instituend.* Colligitur hoc modo: ex Iustiniano incertæ personæ legari non potuit. §. *incertæ*, *de Legat.* Cum incertis personis non fuit testamenti factio, alioqui recte legaretur, §. *legari*, *de Legat.* Si cum incertis non est testamenti factio, ne heredes quidem institui possunt. *L. alienum*, §. 1. *de Hered. instit.* Certum ergo incertas personas institui non posse. Et hæc est caussa, cur postumus alienus institui non potuerit, quia incerta persona est, quæ in rerum natura non est. *d.* §. *incertæ*, §. *postumo quoque*, *Instit. de legat.* Hæc ratio quibusdam displicet, quia si hæc caussa est, cur postumus alienus institui non possit, eadem de caussa nec suus postumus poterit. Respondeo: non recte colligitur. Nam ius generale est, universas incertas personas institui non posse, idque tam ad suos quam alienos pertinere. Sed hic *sui* excepti sunt. Placuit enim omnes *suos* heredes hereditatem tenere ab intestato, nisi aut instituti aut exheredati sint. *L. in suis*, *de lib. & postum.* Hoc posito, consequens esse videtur ut nepos postumus institui non possit, quem pater antecedit, in quo error veterum fuit. Postumus alienus est, qui natus inter suos heredes futurus non sit. inter suos heredes, idest, in suis heredibus, in numero suorum. Porro non est in numero suorum nepos, quem pater antecedit; is enim suus est, quem nemo antecedit, §. *sui*, *de Hered. qual.* Ex quo colligitur, postumum hunc institui non potuisse. Hunc scrupulum Gallus Aquilius exemit: fassus est, si quis tempus testamenti spectaret, hunc postumum, quem pater antecedit, alienum fore, & ideo institui non posse, in hunc casum, quo pater antecederet. Sed si pater eius moreretur, antequam postumus nascatur, & in hunc casum instituatur: nihil institueretur, nisi suus. Ideo ex iure Civili recte in hanc conditionem instituetur: in quam rem formulam concepit, quæ hanc conditionem habet. Hæc sententia post obtinuit pro iure certo. Itaque postea ius antiquum appellata est.

In formula hæc † 7
animadvertenda sunt: primum quos Gallus induxerit institui posse. Hi sunt nepotes postumi, idest, qui post mortem avi testantis nascentur, sed quos pater antecedit, dum avus testamentum facit. itaque hi omnes, sed qui in decem mensibus, quo filius morietur, nati erunt. Cur hoc? quia ex L. XII. Tab. qui undecimo mense nascitur, legitimus non est. Summus finis nascendi decem menses *L.* 3. §. *ultimo de Suis & legit.* Gellius *Lib.* 3. *Capit.* 16.

Non possunt institui † sui 8
principaliter, sed sub conditione duntaxat. Ea est, *si filius me vivo morietur.* Cur hæc adiicitur? Non ob aliud, quam quod si filius semper viveret, nepos institui non posset. Alioqui si in omnem eventum institui posset, stulte Gallus hanc conditionem adiecit: sed providit ne alienus institui videretur. Hac enim conditione fit, ut nepos suus nascatur. Suus enim est,

cuius

cuius pater vivente avo decessit *§. sui, de Hered. qualit. §. ita demum, de Hereditat. quæ ab intest.*

9 Mirabitur quis, cum † Gallus fuerit civis privatus, quid potuerit inducere? Respondeo: fuit IC. cuius cum in cavendo populo Romano summa industria fuit, tum præcipua auctoritas, ut quæ ab illo cauta essent, pro iure publico reciperentur. Cic. *in orat. pro Cecinna*. Hæc auctoritas ita intelligitur, si proponemus ea quæ ab illo cauta & recepta sunt. Is primus doli mali protulit actionem & formulam. Invenit etiam ut omnes obligationes per acceptilationem tolli possint, cum prius in stipulationem, quæ ab Aquiliana dicitur, fuerint deductæ *§. per acceptilationem, Quib. mod. toll oblig.* Fecit etiam postumos alienos legitimos heredes institui *L. prin. de legat.* 1. Fecit etiam ut valeret institutio, siquis ex re certa instituitur *L. si ita quis heres, de hered. instit.* Eiusdem est hæc præsens formula.

10 *Induxit † posse.*] ideo induxit, quia ante non poterant, non quia lege non poterant, sed quia hæc sententia invaluerat, ut non viderentur posse, tanquam alieni postumi, quos videlicet pater præcedebat. Non autem ius novum fecit, sed hoc modo ex lege fieri interpretans, ut ipse præscribit. Rationem autem novam induxit. Nam veteres putabant tempus testamenti faciendi spectandum; quo tempore verum est, postumum alienum heredem futurum. Gallus docuit, spectandum tempus quo nascatur. Dum ergo eo tempore suus natcatur, legi satisfactum est *§. nunc de lege Velleia*. Cur id tempus spectandum? quia non instituitur is qui nunc fit, sed qui postea futurus est. Ergo qualis sit, tunc demum spectandum est, cum in rerum natura esse ceperit.

Institui †] non recte institui dicere videtur. Nam nepotes substituuntur; prius enim filium institui oportet. *§. in omnibus, h. L.* Deinde instituitur nepos, si filius morietur: hæc autem nihil nisi substitutio est in locum filii deficientis. Præterea substitui nepotes dicuntur. *L. cum in testamento, de hered instit. L. si mater, §. ult. de vulg. & pup. subst.* Respondeo; utrumque recte dicitur, nepotes substitui & institui, quia institutionis verbo etiam substitutio continetur, quoniam substituere est secundo gradu instituere. *L. si mulier, §. ult. de condit. inst.* Scævola maluit dicere institui, quia non erat quæstio, utrum primo gradu an secundo institui possent, sed an simpliciter in totum institui. Receptum ergo est ut possent institui: quæsitum est quo gradu. Et placet secundo. 11

Ad §. Quidam.

Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: ut eo casu valeat qui ex verbis concipi possit.

SUMMARIA.

1. *Scævolæ verba nonnisi interpretationem, quam extensivam dicunt, continere.*
2. *Quatuor eam in rem animadverti a Scævola, & quæ.*
3. *An in formula Galli conditio, si filius meus vivo me moriatur, potuerit omitti, & quatenus.*

1 EX hoc † *§. usque ad §. nunc de lege*, verba sunt Scævolæ, quibus continetur, non reprehensio formulæ Galli, ut magno peccato veteres dixerant; sed interpretatio & productio sententiæ Galli. *§. quare, & §. & pene, h. L.* interpretatio in hoc est: docet quid de verbis formulæ omitti possit, quid prætermissum suppleri & produci. In eo quatuor † vult animadverti. Primo quod Gallus voluit nepotes institui sub conditione. Secundo quod Gallus de nepotibus tantum cavit. Tertio quod Gallus conditionem concepit in casum mortis filii. Postremo, quod ut institutio valeret, de filio nihil attigit. De primo, Gallus voluit nepotes sub conditione institui. Hæc † conditio omitti potest, ut eo casu valeat institutio, qui ex verbis concipi potest. At non potest institutio nepotis postumi valere, nisi adsit ea conditio: si filius prius decesserit, idest, suus esse desierit, ad hoc ut postumus suus nascatur. Respondet Scævola: verum hoc; sed conditio hæc omissa intelligi potest, & concipi ex verbis: concipi, idest, mente & cogitatione concipi & intelligi. Quid cum hæc conditio prætermissa erit, quomodo potest intel-

intelligi? hoc modo, quia in formula reliqua hæc verba sunt: *decem mensibus, quibus filius moriatur*. Si filius moritur, necesse est mortuo, aut vivo avo moriatur. Mortuo non intelligitur, quia si mortuo avo moreretur, postumus institui non posset, quia suus non esset. Quo modo alter casus intelligi debet; si vivo avo moritur. Idem dicendum, si de morte filii nihil omnino dictum sit: ut, filius heres esto, quisquis mihi ex eo nascetur, heres esto; valebit institutio. §. *quare*, quia ut hæc institutio valeat, eundem casum concipi & intelligi oportet.

Ad §. Idem credendum.

Idem credendum est Gallum existimasse, & de pronepote, ut dicat testator, si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos *&c. Sed & si vivo filio, mortuo iam nepote, cuius uxor prægnans esset, testamentum faceret, potest dicere*, si me vivo: filius decedat: tunc qui pronepos, *&c. Num si & filius, & nepos vivat, concipere, utrisque se vivo mortuis, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet: ne successione testamentum rumperetur.*

S U M M A R I A.

1. *Galli sententiam ex interpretatione Scævolæ ad pronepotes & alios deinceps protendi.*
2. *Quid si dicat avus:* si filius & nepos vivo me morietur, tunc qui pronepos nascetur, heres esto: *an filio priore mortuo pronepotis institutio valeat.*

1 GAllus in formula superiore de nepote tantum cavit, an ergo † in nepote sententiam eius tantum admittemus? Ait Scævola idem de pronepote & sequentibus intelligi debere, idest, & pronepotem institui posse, hac conditione; si præcedentes eum personæ vivo avo decesserint. Ut avus nepotem habens & pronepotem recte dicet, *si nepos me vivo morietur, pronepos heres esto*, item habens filium recte dicet, *si filius moriatur, pronepos heres esto*, item si filium & nepotem habeat, utroque præmortuo. Monet in *vers. Nunc si*, si quis † filium, nepotem, pronepotem habet, recte 2 ita dicet: *si filius & nepos me vivo morietur, tunc qui pronepos nascetur heres esto*. Hoc ita admittemus, si prius nepos decesserit, quam filius, quia si filius decedat, nepos in locum eius filii succedit, & iura sui heredis nanciscitur: quæ res facit, ut testamentum rumpatur, §. *postumorum, de Exhered. liber*, §. *sciendum, inf. h. L.* Non potest autem institutio pronepotis valere, nisi testamentum valeat. Tertium sequitur in §. sequenti.

Ad §. Et quid.

Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquæ, & ignis interdictione peteretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur (ut ostendimus) emancipatus esset? Hi enim casus, & omnes, ex quibus suus heres post mortem, scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam. Sed ex sententia legis Velleiæ, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.

Quid si quis filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxit, ut si antea, quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet. nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet. Melius ergo est, ut in huiusmodi utilitate, præsertim post legem Velleiam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur: ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus: atque etiam si generaliter, quicquid sibi liberorum natum erit post mortem: aut, quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Galli sententiam ad eos etiam postumos nepotes pertinere qui aliis modis quam morte patris, sui nascuntur; modi illi qui sint, per tot.*

2. *Florentina lectio notata, & ex Haloandro emendata.*

1 Gallus voluit † nepotes postumos institui: sed hac conditione, si filius vivo avo morietur. Hæc conditio id agit, ut postumus instituatur, qui suus nascetur. Nam is nepos suus nascitur, cuius pater in potestate avi esse desiit, quod præcipue contingit morte. *§. sui, de Hered. qualit.* Quod multis aliis modis contingit, ut filius in potestate avi esse desinat, ut si deportatus erit, si emancipatus, si ab hostibus captus erit, ibique decesserit *§. cum autem, §. si ab hostibus, §. praterea, Quib. mod. ius. patr. potest.* Hæc cum ita sint, quærit Scævola. Cum Gallus unum casum mortis filii expresserit, utrum cæteri casus admittendi sunt, quibus eodem modo filius esse desinat in potestate, ut postumus, qui suus nascetur, institui possit. Sententia Scævolæ est, omnes casus similes admittendos, ut si filius vivo me deportatus, emancipatus erit, si ab hostibus captus ibi decesserit: nepos ex eo, qui post mortem nascetur, heres esto. Item generaliter, quisquis ex filio nepos suus nascetur, heres esto, sive quodcunque nascetur. Admittendos esse hos casus probat Scævola, primo utilitate huius sententiæ, deinde Legis Velleiæ exemplo. Utilitatem intelligit, quia hoc admittere necesse est, nisi velimus multis casibus rumpi testamentum. Exemplum legis Velleiæ, quia ea voluit omnes, qui vivo avo nascentur, institui posse, dummodo sui nascantur, nec distinguit quomodo. Recte colligitur: si hoc in iis recipiendum est, qui post testamentum nascuntur, par est in his recipi, qui mortuo avo nascentur: nam ratio nulla differentiæ reddi potest. Sed tertium argumentum fuit, quod satis esse debebat. Mors filii non aliud efficiet, nisi ut nepos postumus suus nascatur. Ergo quibuscunque aliis modis suus nascatur, idem ius erit. *L. non possunt, cum LL. sequent. de legib.*

Ait, *Et quid si tantum.* Quid si tantum testator in mortis filii casum conceipiat institutionem, quasi dicat, nonne manca erit formula Galli, id est, nonne multis casibus eventurum est, ut testamentum rumpatur? Subiicit, *quid enim si filius deportetur, quid si emancipetur?* quasi diceret, nonne his casibus futurum est, ut testamentum rumpatur Et certe futurum. Nam iis casibus futurum est, ut nepos postumus suus nascatur, quando pater suus esse desiit, *§. sui de Hered. qual.* Quod si postumus suus nascitur, & præteritus est, testamentum rumpitur, *§. postumi, & seq. de Exhered. liber.* præteribitur autem, si his casibus institui non potest.

Versic. *hi enim casus.*) Hoc *vers.* tacite respondet tacitæ obiectioni, quamvis cæteri casus ex sententia Galli non admittantur, non tamen ideo testamentum rumpi necesse est, dixerit quis. Nam si ex sententia Galli his casibus institui non potest, poterit tamen ex lege Velleia: sic testamentum non rumpitur. Sic respondet: Vere dixi, periculum rumpendi metui, si superiores casus non admittantur: quia hi casus deportationis & emancipationis ad L. Velleiam non pertinent: neque omnes quibus postumus post mortem avi suus nascitur. Nam lex Velleia loquitur de his, qui vivis nobis nascuntur.

Vers. *sed ex sententia.*) Respondet Scævola. Etsi cæteri casus, quibus filius suus esse desinit, vivo avo, prætermissi sunt in formula, tamen interpretatione admittendi sunt. Obiicitur. Ait Scævola, casus omissos a Gallo admittendos esse. Atqui est in *L. commodissime, h. t.* casum a testatore omissum pro omisso habendum. Fateor, si de verbis & voluntate testatoris ageretur, quod in unicum casum conceptum est, in alterum omissum videri. Sed hoc loco Scævola non voluntatem testatoris, sed sententiam Galli, quæ pro iure observatur, interpretatur: quarum interpretationum diversa longe ratio est. In voluntate privatorum nunquam a verbis recedimus, nisi manifesta res cogat: *L. non aliter, de legat.* 3. quia testator non constituit æquitatem; sed quod sibi videtur, sive æquum sit, sive iniquum: facit enim personarum aut bonorum caussa, quæ facit: quæ non vult ad alios pertinere. At lex omnis constituitur æquitatis sanciendæ caussa, ut in omnes valeat, unde dicitur, ars æqui & boni. *L. 1. in princ. D. de Instit. & iur. L. 1. de legib.* At hoc æquum est, ut in quibus caus-

sis

sis legis ratio est, lex aptetur. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Hinc fit ut lex cognita ex sententia ad casus omnes similes producatur. *L. non possunt, D. de legib.* sed ambigitur an de Galli sententia Scævola loquatur. Hoc planum fit ex §. *quare*, qui sequitur, & §. *bene*.

Quid si qui.) Sententia est, quemadmodum nepos institui potest, si filius vivo me deportetur: ita recipiendum est, ut possit hoc casu, si filius vivo me captus erit, & sibi decesserit: quia eodem modo in potestate esse desinit. Sed in hoc casu nonnulla dubitatio est. Quid si filius captus post mortem meam decederet? ait nihilominus nepotem recte institutum. Adversatur formula Galli quæ voluit filium vivo me mori. Respondeo: non ideo adversatur. Nam sic est L. Cornelia: qui apud hostes decesserit, videtur tunc decessisse, cum captus est; at filius vivo captus patre est, *L. lex Cornelia, de vulg. L. pater, §. ult. & L. seq. de capt. & postlim.*

2 *Post mortem scilicet.*) Sic † legitur in Florentinis Pandectis: *post mortem scilicet avi nasceretur*. Mendo manifesto. Nam si hoc modo legimus, oratio contraria dicit. Nam nepos nascitur illis vivis, id est, patre suo & avo. Et idem dicitur nasci post mortem; quæ sunt contraria. Deinde hæc particula, *vel*, disiunctiva est, & separatas res ponit. Ergo cum prius Scævola nepotem nominarit, deinde subiiciat, *vel*, aliquem tertium intelligat necesse est. Recte Haloander locum restituit. *Post mortem scilicet qui nasceretur.* Est q. pro a. Secundum hanc lectionem sensus est. Quare non induxere, supple, *veteres*, ut hoc casu quem subiicit, nepos; vel etiam adhuc illis, nempe filio & nepote vivis, supple, *apud hostes*, qui nasceretur, supple, *ex illis* (is autem est pronepos,) nasceretur post mortem, supple, *testatoris:* hic non rumperet, id est recte institueretur, ne rumperet. Hoc loco de hoc verbo notat Scævola, hæc verba, *non rumpere*, passim in hoc capite sumi, pro *recte institui*. In §. *si eius* ait: *posset quis nepos ex alterutro iure non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpatur. In §. *nunc de lege*, ait: *lex voluit vivis nobis natos non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpant. In *vers. seq.* ait: lex multos casus rumpendi abstulit, id est, fecit ut multis casibus institui nepos posset. Hoc ideo usurpat, quia consequens est, si postumus recte instituitur ne rumpat: & contra, si non recte instituitur, ut rumpatur. Itaque alterum pro altero posuit.

Ad §. Si eius, qui.

Si eius, qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris, atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit: possitque, vel ex iure antiquo, vel ex lege Velleia institutus non rumpere? Quod quærendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpatur: nihil refert, utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleia excludatur.

SUMMARIA.

1. *Transitio, & rerum nexus.*
2. *Utrum nepos institui possit, dubitandi ratio, Facti species,* & n. seq.
3. *In quo præcipue quæstio consistat.*
4. *Satis esse ut nepos aut ex iure antiquo aut ex L. Velleia recte sit institutus.*
5. Ius antiquum *quid sit hoc loco.*
6. *Quomodo Aquilius Gallus dicitur induxisse ius antiquum.*

1 SCævola duas quæstiones interiicit ex hac occasione. Effectum est † non solum nepotes postumos institui posse, sed etiam descendentes omnes, eosque semper institui posse, ne rumpant, idest, posse institui in omnem casum, quo sui nascuntur. In hoc genere de duabus speciebus dubitatur, quæ subiiciuntur. In his dubitatur, utrum nepos, pronepos ve recte instituatur, necne. Prior in *hoc* §. proponitur. Quæritur † an nepos institui possit, 2 ideo quia dubitatur, utrum institui possit ex sententia Galli, an ex lege Velleia. Species est: Qui filium habebat, & nurum prægnantem, testamentum ita fecit: filium instituit, & præterea, si quis ex filio nasceretur suus. Accidit ut nurus ab hostibus capta esset: ibi vivo avo peperit nepo-

nepotem: deinde patre nepotis mortuo, secundo loco avo, nepos ab hostibus rediit: ex quo intelligitur, suum esse cœpisse, postquam pater eius vivo avo decessit. Quæstio, utrum hic nepos ex lege Velleia institutus sit, an iure antiquo? Quæ-
3 stio in eo, † utrum hic nepos vivo avo natus sit, an mortuo. Nam si vivo natus est, pertinet ad legem Velleiam. Nec obstat quod fuit in hostium potestate, nam postquam rediit, habetur, quasi captus nunquam esset. Si vero mortuo avo natus est, pertinet ad ius antiquum. Dicet quis: atqui secundum ea quæ proposuimus, quæstio tollitur; proposuimus enim vivo avo natum. Sic est, si veritatem naturæ spectemus: sed alio nos ratio iuris civilis ducit, unde ambigendi caussa. Si veritatem spectemus, natus est vivo avo; si rationem iuris, natus est, mortuo. Nam antequam rediret ab hostibus, servus hostium fuit, at servitus mortalitati comparatur, *L. servitutem*, *L. quod attinet*, *de regul. iuris*. Unde fit eum tunc primum natum esse, cum rediit. Respondet

† Scævola: Satis est quod constet nepo- 4
tem hunc alterutro iure recte institutum. *Nihil ergo refert, utrum ex iure antiquo, an lege Velleia excludatur*. Satis enim est, si alterutro iure admittitur. Dixit, *excludatur*; cum quæstio esset, utrum admitteretur. Verum alterum ex altero intelligitur: nam si una iure excluditur; admittitur altera. Observandum, † 5
quod *antiquum ius* dicat; sententiam antiquam Galli Aquilii intelligit. Hoc ita colligitur: de nepote instituendo Scævola loquitur, si institui potest, necesse est aut ex sententia Galli, aut lege Velleia institutum. Ergo lege Velleia exclusa, sententia Galli intelligitur. Ius antiquum nominat: quia lex xii. Tabul. inducitur a Gallo, quæ Ius vetus nominatur, *L. 1. de petit. heredit.* Inducitur enim hoc ius, ut sui nepotes institui possint; quod ius est legis xii. Tabul. Quæro † si sententia 6
Aquilii ius antiquum est, quare dicitur Id ius induxisse. Quia quod antea in usu non fuit, in usum introduxit: obstitit enim veterum sententia.

Ad §. Forsitan.

Forsitan addubitet quis; an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre, deinde avo, nascatur: an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset? Quod minime est expavescendum: hic enim suus heres, & post mortem nascitur. Ergo & si pronepos admittetur: qui natus est ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.

S U M M A R I A.

1. *Florentina lectio notatur, eademque emendatur.*
2. *Quæ huius §. species.*
3. *Inde excitata quæstio, utrum pronepos institui potuerit in proposita specie, quæ dubitandi ratio.*
4. *Pronepotem recte institui, licet eius pater non potuerit institui. Hoc quale sit, exponitur.*
5. *Altera notatio florentinæ lectionis.*
6. *Pronepotem & vivo proavo natum ad eius hereditatem vocari ex L. Velleia & quatenus.*
7. *Exponuntur illa*, atque si ex eo natus esset, adoptatur.
8. *Summa rerum.*

Altera species hoc §. proponitur, in qua dubitatur, an pronepos institui potuerit. Proponitur a Scævola, cum dicit: *an istis casibus:* Intelligit autem præcedentes, in quibus posuit non solum nepotem postumum institui posse, sed etiam pronepotem: sive nepos eum antecedat, sive filius, sive uterque. Quod ab illo positum est, revocatur in quæstionem in specie pro-
1 posita. De verbis † huius §. monendi sumus locum corruptissime legi in Pandectis Florentinis, ut ostendit Lælius Taurellus, qui lectionem hanc secutus misere conflictatur. Sic scriptum est, *an istis casibus* legendum, *in istis casibus*, item *concipiatur isque*. Si ita legimus, non possumus subaudire in verbo *concipiatur*, nisi is qui præcedit, nempe nepos. At Scævola prius dixerat hunc nepotem natum. Hæc absurde dicuntur, natum nepotem, deinde conceptum, legendum, *concipiatur is qui*. Sensus, concipiatur ex nepote is qui nascetur, nempe pronepos. Item *is qui vivo patre, deinde avo*. Hæc lectio ipsa se oppugnat. Nam secundum hæc verba intelligitur prius pater nepotis vixisse, deinde avus postea vixisse, quod contra naturam est, ut pater nepotis prius vivat, quam avus. Avus præ-

præcedit etiam; præterea in vita successio
non est, sed in morte, id est, alius alio
prius mori potest. Legendum ergo neces-
sario ut in aliis libris: *concipiatur is qui*
mortuo patre, deinde avo nascatur, id est,
nascatur mortuo patre suo, eodemque ne-
pote testatoris; deinde avo suo eodemque
filio testatoris: quod eo pertinet, ut in-
telligatur pronepos suus natus esse, quem
videlicet nemo præcessit cum natus est.
2 Species † ergo est. Is qui filium habebat,
multo ante tempore, quam moreretur, te-
stamentum fecit, in quo filium heredem
scripsit, deinde propter spem cæterorum
instituit, si quis sibi nasceretur: & si quis
pronepos ex utroque suos nasceretur, eum
quoque heredem instituit. Is post testa-
mentum nepotem ex filio suscepit, qui
nepos natus est vivo patre suo: nepos de-
inde uxorem duxit: ex eius uxore prone-
pos conceptus. Cum postumus pronepos
in utero est, pater huius pronepotis de-
cessit, itemque nepos testatoris. Secundo
loco decessit avus huius pronepotis, item
filius testatoris. Tertio loco testator, id
est, proavus: post mortem proavi prone-
pos natus est: qualis natus est? Suus; quia
vivo testatore decesserunt pater eius, &
avus eius: is autem suus est, quem nemo
antecedit, quorum præcedentes personæ
3 vivo testatore decesserunt. Quæritur † hic,
utrum pronepos institui potuerit? Scævo-
la dat rationem dubitandi, quia pater ipsius
non recte institutus esset; cur id? id caus-
sæ est; (quod a nullo hactenus intellectum
puto) quia hic nepos natus est vivo patre
suo: ergo non suus, quia non est suus
quem pater antecedit. Rursum fingitur
hic nepos decessisse ante patrem suum
avum pronepotis. Ergo nunquam suus
fuit, quem semper pater antecessit: si hoc
ita est, institui non potuit. Si potuit insti-
tui, aut ex antiquo iure potuit, aut lege
Velleia: ex antiquo iure, id est, Galli sen-
tentia non potuit, quia vivo testatore na-
tus est; Gallus de postumis loquitur: nec
ea lege Velleia, quia ex ea lege solum in-
stituitur qui suus nascitur, aut qui in lo-
cum patris sui succedit, §. *nunc de lege*.
Horum neutrum nepos fecit, Ergo in to-
tum institui non potuit. Et hoc verissi-
mum est, nec Scævola dubitavit. Ex eo
consequi videtur. Si nepos pater prone-
potis institui non potuit, pronepos non
potuit, quia nepos pronepotem præcedit;
si præcedens persona non potuit, nec se-
4 quens. Respondet Scævola, quamvis † ve-
rum sit patrem pronepotis institui non po-
tuisse, tamen id non est metuendum, quo
minus pronepos instituatur recte: quia non
recte colligitur: nepos institui non potuit;
ergo nec pronepos: quia utriusque perso-
næ diversa caussa est, proinde ius diver-
sum. Nam nepos, pater pronepotis non
potuit institui, quia suus esse non potuit.
At pronepos recte instituetur contraria ra-
tione, quia & suus nascitur & post mor-
tem: quia præcedentes eum personæ vi-
vo testatore decessisse proponuntur. Et
post mortem, supple *testatoris*. Cur ita
supplemus? Ex eo quod Scævola dicit se
proponere hanc quæstionem in casibus su-
perioribus: at in illis agit de his quæ ad
ius antiquum pertinent.

Vers. *Etsi.*] Hic quoque versiculus † 5
mendose in Florent. legitur *etsi adopta-
tur*: legendum, *Ergo & sic pronepos ad-
mittitur, qui natus erit ex nepote, atque
si ex eo natus esset, adoptatur*. Sensus,
ut nobis videtur: si pronepos post mortem
proavi natus recte instituitur, quamvis ne-
pos pater eius institui non potuerit: &
pronepos idem vivo proavo natus recte
admittetur. Scævola dicit, *vivo filio*, vi-
delicet testatoris, & cum *vivo filio* di-
cit, multo magis, vivo proavo. In priore
specie ex iure antiquo admittitur, in po-
steriore ex *L.* Velleia. Si pronepos † ex 6
iure antiquo admittitur, admittetur etiam
ex L. Velleia, vivo proavo, id est testa-
tore natus. Supplendum, dummodo, ut in
priore specie, pater pronepotis, idemque
nepos; & avus pronepotis, item filius te-
statoris decesserint. Sic autem † pronepos 7
admittetur, *sic*, id est, perinde, atque, id
est, ut admitteretur, si aliquis iam natus
ex nepote esset adoptatus. Ratio compa-
rationis; si quis extraneus institutus esset,
deinde ex nepote esset adoptatus; mor-
tuo nepote, & filio testatoris, *recte* in-
stitutus esset, nec rumperet testamentum.
L. filio, §. *ult. h. t.* Ergo & hic prone-
pos, qui non adoptatus, sed natus erit,
& mortuis præcedentibus personis in eo-
rum locum successerit. Hæc recte com-
parantur. Nam ut agnatione sui heredes
fiunt, ita adoptione, §. *adoptivi, de Ex-
hered. liber.* Si arrogatus recte institutus
est, & qui nascitur recte instituetur. Ita
in † hoc §. toto Scævola hoc agit. Com- 8
parat inter se pronepotem, qui post mor-
tem testatoris nascitur, & pronepotem qui
vivo proavo nascitur, & pronepotem qui
adoptatur vivo proavo. De his omnibus
una Scævolæ definitio est, omnes istos re-
cte institui, neque obstare, quod dubita-
bator, si pronepotem hunc nepos præces-
serit, quamvis hic nepos institui non po-
tuerit. Sic in summa nullum casum exi-
stere in quo postumi nepotes non possunt
recte institui. *Ad §.*

Ad §. In omnibus.

In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. Nam frustra exheredabitur post mortem suam. Quod id non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certe, & pronepote: quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri.

S U M M A R I A.

1. *Nepotem postumum cautione Aquiliana institutum minime admitti, nisi huius pater, qui adhuc est in potestate, fuerit ex parte institutus* & n. 3.
2. *Non autem exheredatus, & quare.*
4. *Quid si idem testatoris filius tempore testamenti captus apud hostes etiam decesserit.*
5. *Quid in nepote aut pronepote, horum filiis institutis.*
6. *Summa rerum quæ in superioribus §§. sunt pertractata.*

1 HOC loco ponit Scævola, † quod quarto loco animadvertendum sit, id autem est. Quod Gallus simpliciter posuit, nepotes institui posse ex supra dicta cautione: de filio qui nepotem præcedit, nihil attigit: unde quæritur, quid de eo statui debeat. Hoc relinqui videbatur sententiæ iuris communis, videlicet, hunc institui aut exheredari debere, alioqui testamentum ratum non esse. *L. pen. h. t.* Quod ergo ne quis putaret ita esse, Scæ-
2 vola monet, filium, † qui nepotem præcedit, exheredari non posse: quia post mortem suam exheredari videbitur. Hic duo notanda. Primo, si filius hie exheredetur, post mortem suam exheredari. id colligitur hoc modo: quia ex sententia Galli nepos instituitur sub hac conditione, si filius morietur. Porro ex conditione institutionis exheredatio pendet: quoniam prius quam institutio exitum habeat, nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. de vulg.* Ergo in exheredatione eadem conditio intelligitur, ipse filius exheres esto, si morietur, item in *L. si ita scriptum, §. ult. hoc tit.* Alterum Scævola dicit, neminem post mortem suam exheredari posse. Id manifestam rationem habet. Nam prius est ut aliquis sit in rerum natura, quam heres aut exheres esse pos-
3 sit. Cum filius † exheredari non possit, utrum institui debet? Si filius est qui præcedit, & in potestate est, institui debet.
4 Si ab † hostibus captus est ibique dece-
5 dat, institui non est necesse. Si nepotes † fuerint, quod cum horum filii instituuntur, nepotes instituere necesse non est; posse præteriri. *§ sed non ita, de exhered. liberor.* Hoc dictum Scævolæ accipiendum est de iis nepotibus, quos filius non antecedit, cum proavus testamentum facit; aut de iis, quos filius antecedit, sed ante filium decesserunt. Quod si filius nepotes antecessit, deinde filius ante decessit, nepotes in filii loco succederent & successione rumperent testamentum, *§. nunc si, §. videndum, h. L.* quare de his nepotibus hoc dictum accipi non potest. Summa † prædictorum hæc est: quatuor 6
animadverti a Scævola proponimus circa Galli sententiam. Gallus nepotes postumos institui vult sub conditione: ea præter-mitti potest, ut nihilominus intelligatur. *§. quidam.* Secundo de nepotibus cavit; de pronepotibus & cæteris idem intelligendum est, hos videlicet institui posse eadem conditione, si præcedentes eos personæ vivo testatore *sua* esse desierint, *§. idem credendum, cum duob. seqq.* Tertio conditionem concepit in casum mortis filii: in hoc casu res non consistet; sed admittendum est, quibuscunque casibus filius in potestate esse desierit, sive morte, sive capitis minutione, nepotem ex eo recte institui, ut suus nasci & institui intelligatur, *§. & quid si tantum.* Postremo de filio Gallus nihil locutus est, cuius tamen institutio aut exheredatio præcedere debuit, ut institutio nepotis valeat, *L. pen. h. t.* de hoc ita est ut modo diximus, filium institui debere, exheredari non posse. Sequitur de lege Velleia.

Ad §. Nunc de lege.

Nunc de lege Velleia videamus, quæ voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo: si filium habeas, & nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas: si filius decedat; mox vivo te nepos nascatur. Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum: ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit: verum & si vivo patre nascatur. Quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit observari id tempus, quo nascitur? Nam & si ita verba sunt, Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c. etiam si parente vivo nascatur.

Sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum: & ita interpretandum est: ut & si filium, & nepotem, & pronepotem habeas; mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent. Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit: ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus. Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat: sed & si supervixit patri, ac decedat; dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

S U M M A R I A.

1. *Rerum nexus.*
2. *Duo fuisse L. Velleiæ Capita.*
3. *Prioris Capitis restitutio, & compendiaria expositio.*
4. *Ex Posteriore capite liberos & deinceps in* suorum *locum succedere cum* sui *esse desierint gradu proximiores.*
5. *Proinde Nepotes iam natos ex L. Velleia non posse impune præteriri.*
6. *Testamentum in quo institutus est nepos qui tum erat extraneus, non minus ex L. Velleia ratum fore, postquam suus esse cœperit.*
7. *Verba illa prioris L. Velleja capitis* qui ei suus heres futurus erit, *exponi in* §. & videtur: *eaque ad nascituros dumtaxat pertinere, qui tamen & vivo patre sunt instituti,* & n. 8.
9. *Emendata Florent. lectio, & locus restitutus* §. Et videtur vers. rogo *h. L.*
10. *Removetur difficultas doctrinæ superius n. 8, propositæ contraria.*
11. *Ratio superioris doctrinæ, & argumentum a maiori.*
12. *Sententia secundi L. Velleiæ capitis* §. sequentis *vers.* Et ita interpretandum *tradita illustratur.*
13. *Exponitur ex* §. sequenti *vers.* non solum, *& locus ille restitutus.*

1 QUod omissum † est sententia Galli, id lege Velleia confectum est. De nepotum, qui nondum nati erant, institutione, aut nondum sui, id antea deerat. Gallus de nepotibus tantum postumis induxit; de his qui post testamentum nascuntur, nihili. Unde fiebat, ut quemadmodum ante, ita post cautionem Galli ne hi quidem institui possent. Probabile est a Gallo factum id eo consilio, quod si vivo avo postea nascerentur, fuit in eius potestate testamentum mutare, & nepotem instituere. Sed multis modis accidere potest, ut testamentum mutare non liceat: Periculum item relinquitur, cui lege Velleia prospectum est: ut quemadmodum postumos instituere licuit, ita liceat, qui vivis nobis nascentur, quos ex tempore testamenti alius præcedebat: *Voluit*, inquit, *vivis nobis natos*, videlicet nepotes, de quibus agitur, *testamentum non rumpere*, idest institui posse & debere, ne rumpant.
Legis † duo capita fuerunt, quod proba- 2
tur ex vers. *videndum*, ubi nominatur posterius: quod non est nisi in duobus.
Prius † est: *qui testamentum faciet, is* 3
omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit. (hæc verba tantum relicta nobis sunt in vers. *nam etsi ita*, coniectura est ergo hæc verba supplenda esse) instituendi exheredandive potestatem habeto, ut *instituendi* referas ad illud, *omnis.*

mnis. Ego malim verba ita restitui. Qui testamentum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, uti instituere aut exheredare cum nominatim volet, ita ius potestasque esto. Sic leges veteres permittentes aliquid concipi solebant: intelligitur exemplo L. xii. Tab. in *L. verbis, de verb. significat. & L. 1. ad L. Falc.* Verba hæc prioris capitis fuisse intelligimus ex §. *illo, in h. L.* vers. *denique*. Nam Scævola dicit priore capite permitti institui eos, qui sui erunt, cum nascentur: ad hanc sententiam verba a nobis restituta sunt. Quænam fuit occasio huius capitis? quod nepotes nondum natos instituere non licuit, si pater eos antecedebat, non magis quam eos, qui post mortem avi nascuntur. De postumis cautum erat sententia Galli; relinquebatur de his cavendum, qui vivo avo na-
4 scerentur. Alterum † caput fuit. *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius & cæteri in locum suorum heredes succedunto*; neque eo minus, si instituti exheredative erunt, testamentum ratum esto. Priora verba diserte sunt in §. *videndum*. Ea verba, *neque eo minus*, intelligimus fuisse *ex* § *illo*, vers. *denique*. Nam ibi dicitur, *lex posteriore capite, non permittit institui iam natos, sed si instituti sunt, vetat rumpi*, & vetat ne ob eam caussam testamentum minus ratum sit, in quod nepos succedit; Hoc caput intelligitur, separatim verbis enarratis.

Si quis ex suis heredibus.] idest, si quis ex his qui in potestate testatoris fuerunt, quos gradu nemo antecederet.

Suus esse desierit] idest, in potestate vivi testatoris esse desierit, ut nihil referat, quomodo in potestate esse desinat; morte, an capitis minutione, §. *postumorum, de exher. liber.*

Liberi eius, & cæteri.] Cum de liberis lex loquatur, perspicuum est iam natos intelligi, idest, eos quos filius habuit nepotes, cum adhuc suus esset; quia non sunt liberi, qui non sunt in rerum natura. Inde veteres dixerunt, hoc caput ad iam natos pertinere.

In suorum heredum locum succedunto.] idest, eorum locum occupanto, & sui
5 esse incipiunto. Quæritur †, quorsum hæc verba legis? Respondeo verborum significatio alio pertinet, sed non ipsa res alio refertur. Nam ex eo quod lex iubet nepotes *suos* fieri, intelligit eos præteriri impune non posse, & ita legem tacite iubere, ut instituantur aut exheredentur. Iustinianus sic accipit in *d.* §. *postumorum, in* vers. *ne ergo*. in summa lex voluit his verbis, nepotes iam natos institui aut exheredari, cum parentes eorum decessissent: quia antea nepotes natos licebat præterire, §. *sed non ita, de Exhered. liber.*

Neque eo minus.] idest, quod † nepotes in parentum suorum locum succe- 6
dunt, non eo minus testamentum ratum sit, si forte antea instituti fuerint. Dubitabatur enim si nepos iam natus institutus esset, antequam suus heres avo esset, deinde postea suus esse inciperet; videri enim potuit inutilis esse præcedens institutio, quasi novus heres esse cœpisset, qui non esset institutus. Ideo lex cavit. Si antea quam nepos suus esse cœpisset, institutus foret, non eo minus institutionem valere, si postea suus esse cœperit, idest, successerit in locum patris: ex his verbis intelliguntur verba in §. *illo, vers. denique in fin.*

In vers. *Et videtur.*] Scævola † inter- 7
pretatur illa verba, *qui suus heres futurus erit*. Hic dubitatur, an generalia sint & tam pertineant ad iam natos, quam nascituros. Nam qui natus est, cum instituitur, quamvis pater præcedat, tamen post suus fieri potest, patre mortuo. Quæstio ergo, utrum verba ad utrosque pertineant, Scævola ait pertinere ad eos, qui nascentur sui, non autem iam natos. Ideo bene dixit, *videtur*, quia verba aliud significant. Hoc colligit Scævola interpretatione voluntatis. Nam sequente capite agitur de iam natis, non in priore. Deinde priore capite lex permittit institui nepotes nondum natos non fuit necesse in iam natis id facere: solum enim postumi non poterant: ergo caput hoc ad natos non pertinet. Hinc quæritur, quæ *vers. & rogo*, sententia est: Si hoc caput non pertinet ad nepotes iam natos, quos pater antecedit: utrum † non pertinebit etiam 8
ad nepotem conceptum, quem pater antecedit, quia qui conceptus est, prope iam natus habetur. *L. qui in utero, de stat. homin.* Respondit Scævola: *ex verbis dicendum est*, hunc posse institui, qui suus nascetur, quamvis pater eius vivat, cum instituitur. *Ex verbis*, dicit: quia verba huius capitis non sunt hæc: qui suus esset, si nunc nasceretur; sed qui suus erit, cum nascitur. Ex quibus intelligitur satis esse, si nepos suus nascatur: sive institutus fuerit, cum pater eius mortuus esset, sive cum viveret. Secundum hæc † locus ita restituendus est. Legitur 9
in Florentin. & *rogo*, in aliis, *quid ergo*: hoc rectius. Nam hæc locutio, *quid ergo* servit dubitationibus, quæ ex præcedentibus

tibus inferuntur, qualis est hæ:: Item in Florent. legitur, *nondum natum tantum*, apparet legendum, *nondum natum tamen:* quia comparatio ducitur a nato ad eum qui conceptus est, nondum natus tamen: in quibus par caussa esse videbatur. Deinde dicit *si nepos*, delenda sunt verba, *qui & nascatur:* locus ita legendus, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit; verum & si vivo patre.

10 Vers. *quid enim.*] Respondet † tacitæ objectioni. Non potuit nepos nondum natus institui quem pater antecedit, cum instituitur, quia hic nepos si nascatur, alienus est, ex definitione alieni postumi. §. *postumo, de Legat.* Respondet Scævola. Sic alienus est, si tempus spectemus, cum instituitur: quid autem necesse est, id tempus spectari cum satis sit tempus, cum nascitur, observari.

Vers. *Nam etsi.*] Legendus est uno tenore usque ad verba, *Et ita interpre-*
11 *tandum.* Est autem † sententia: nondum natum, cuius pater vivit, recte institui posse probat hoc argumento: Etsi verba prioris capitis ita sunt ut sequitur, ex quibus intelligi potest, id ita esse ut diximus: tamen si quis dubitat adhuc, sequenti capite dubitatio tollitur. Nam in sequenti capite etiamsi nepotes parente vivo nascantur, tamen lex vult eos recte institui, quamvis in parentum suorum locum succedant: argumentum est ex maiori. Si iam natos instituere licet, quos pater antecessit, multo magis nondum natos licebit, qui sui nascuntur, Nam qui sui nascuntur, nunquam fuerunt nisi sui, qui nati fuerunt vivo patre, aliquando fuerunt non sui, hi possunt institui, multo ergo magis alii.

Et ita interpretandum.] His verbis † 12
interpretatur Scævola verba secundi capitis: *liberi eius & cætera* ad hanc sententiam. Cum suus heres suus esse desierit, non solum liberi proximi in eius locum succedunt, sed proximis deinceps remotis, inferiores succedent, & ita in infinitum suo ordine. Hoc docet exemplo: aliquis filium habet, nepotem, pronepotem. Non solum filio remoto nepos succedit in locum, sed utroque remoto, pronepos in eorum locum succedit. Legendum ergo, *mortuis utrisque, pro mortuis utique.*

Et bene.] Hæc verba per parenthesin interposita sunt. Obiter verba legis expendenda sunt, *qui suus heres esse desierit:* quæ verba pertinent ad omnes casus, quibus suus heres desinere potest, & ideo nihil supplendum est, ut in Galli sententia diximus.

Non solum.] Redit † ad illud quod 13
proxime de pronepote posuerat. Sensus est: & filio & nepote mortuo pronepos in eorum locum succedit. Idne perpetuo verum est, sive prius filius moriatur, sive nepos? Ait nihil interesse utrum prius mortuus fuerit, dummodo si filius præmoriatur, nepos institutus aut exheredatus fuerit, ne videlicet successione rumpat testamentum. Est eadem dubitatio quæ supra in §. *nunc si.* Locus quoque hic vitiosus est: legendum, *nec solum si nepos vivo patre decedat, succedens pronepos avo mortuo non rumpet, sed & si supervixit patri.*

In §.

In §. Videndum num.

Videndum, num hac posteriore parte. Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit: liberi eius, & *cætera*, in locum suorum sui heredes succedunto: *possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas: non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet. Nihil enim addidit quo significares tempus: nisi quod (licet audenter) possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse: licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.*

S U M M A R I A.

1. *An nepos ab avo institutus patre captivo, & post avi mortem decedente apud hostes, in locum patris succedendo, rumpat testamentum.*
2. *Quæ dubitandi ratio.*
3. *Scævolæ sententia.*
4. *Prior Scævolæ ratio ab ipso repudiata.*
5. *Altera Scævolæ ratio eaque vera.*

DUbitatur an nepos vivo avo natus recte institutus sit, ut testamentum non rumpat. Prior quæstio oritur ex posteriore capite legis Velleiæ. Iubet lex eum nepotem, cuius pater esse *suus* desiit, in locum patris *suum* heredem succedere.
1 Quæritur ergo † quid si pater habeat filium & ex eo nepotem, filium autem apud hostes, ibique filius post mortem avi decesserit: quæro utrum nepos recte institutus sit, ut succedens in locum patris sui
2 non rumpat avi testamentum? Caussa † dubitandi ex verbis capitis posterioris, quibus lex iubet nepotem succedere in locum filii, si filius suus heres esse desierit. Hæc autem verba non possunt intelligi nisi de eo filio, qui vivo avo suus esse desinit. Nam nemo *suus* aliter desinere potest. At filius post mortem avi decessit, ex quo efficitur hunc nepotem ad hoc caput non
3 pertinere. Respondet Scævola † *videndum esse, num possit induci*, ut hic nepos recte instituatur: quod sic interpretamur, quasi Scævola dicat: nobis videtur induci posse. Sententia hæc nostra est, his verbis Scævolam non ponere quæstionem, sed sententiam suam proponere. Sic enim veteres solent, cum de re aliqua dubitatur, modestius eam sententiam suam proponere quasi dubitantes. Probatur exemplis quæ a Duareno collecta sunt *Lib.* 12. *Disput. C.* 11. Inter cætera unum locum citabo in quo Caius sententiam suam eodem modo extulit, in *L. habere licere, circa fin. de evictìon.* Præterea Scævola sententiam suam affirmare intelligitur, quod rationem statim subiicit, ratio autem subiicitur sententiæ. Ergo ait † hunc nepotem 4
institui posse, Institutum non rumpere, quamvis in locum patris sui succedat. Ratio: *nihil enim addidit quo tempus significaretur*. Sensus: lex simpliciter voluit nepotem succedere, si filius suus esse desiisset, nec distinxit, quo tempore suus esse desiisset, utrum vivo adhuc avo, an mortuo. Ergo quocunque tempore nepos successerit, testamentum non rumpetur. Hanc rationem postea Scævola repudiat tanquam falsam in *vers. nisi.* Et merito. Nam lex quidem tempus nominatim non distinguit, quo filius suus esse desinet: sed hoc in ipsa intelligitur; quia filius non desinit suus heres esse, nisi vivo patre: *§. sui, de Hered. qualit.* quia si moriente patre suus heres sit, statim existit heres ipso iure *L. in suis & legit. § sed sui, de Hered. ab intest.* Heres autem qui semel extitit, nunquam esse desinit, *L. ait prætor, § sed quod Papinianus, de Minor.* Subiicit ergo † hanc rationem. Superior 5
ratio esse potuit, nisi malimus aliam, quæ vera est, & ut ipse loquitur. *nisi possis dicere, (quod licet audenter)* hunc nepotem vivo avo succedere in locum filii, quia filius vivo avo suus esse dicatur. Obiicitur: atqui filius in hac specie mortuo avo proponitur decessisse, ergo & mortuo avo suus heres esse desinit. Respondeo natura mortuo avo decessit, iure civili fingitur vivo avo decessisse, videlicet lege Cornelia testamentaria, ut qui ab hostibus captus est, si ibi decedat, videatur statim decessisse cum captus est *L. pater §. ult. & seq. L. de Captiv.*

In §.

In §. Ille casus in difficili est.

Ille casus in difficili est: si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erat. Denique & superiore capite: ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti: posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi: neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus: quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat? Iuliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen (cum recepta est Iuliani sententia) an si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem. Quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

SUMMARIA.

1. *Species huius §. & inde nata quæstio.*
2. *Hæc a Scævola disputata in utramque partem.*
3. *Nepos adhuc in utero ab avo institutus, mox vivo patre natus, eoque demum decedente suus factus minime ex Iuliani I. C. sententia rumpit testamentum & quare.*
4. *Exponitur versic.* posteriore capite &c. *cuius eadem quæ est superiore num. indicata sententia.*
5. *Nepos ita ut proxime dictum est, institutus qui deinde ab avo emancipetur, hic idem heres erit non necessarius, & hoc quomodo ex L. Velleiæ posteriore capite consequens.*
6. *Quid novi hic constituerit Iustinianus.*
7. *Omnes liberi etiam qui in potestate non sint, aut instituendi sunt aut exheredandi; præteriti vitiant testamentum, licet dissimili modo.*
8. *Si sint emancipati; & hi quatenus.*
9. *Aut liberi a matre præteriti; hi autem quomodo.*
10. *Contrariis occurritur.*
11. *Summa iuris constituti de liberis & parentibus instituendis, aut exheredandis,* & n. 12.

1 Quæstio † huius speciei nascitur ex distinctione duorum capitum legis Velleiæ. Prius caput pertinet ad eos qui nascentur sui; posterius ad eos qui iam nati sunt, deinde vivo avo succedunt in locum patris. Hinc quæritur de hac specie; pater filium habet, & ex eo nepotem nondum natum: is nepos deinde nascitur, vivo patre suo, eodemque filio avi: post pater moritur, ita ut nepos solus primum locum teneat, deinde avus moritur: quæritur an nepos ita sit institutus, ut testamentum rumpat. Scævola
2 rem † disputat in alteram partem, probat hunc institui non potuisse, & ideo rumpere testamentum. Id ita colligitur: si nepos vivo avo natus institui potuit, necesse est ut potuerit alterutro capite legis Velleiæ, at neutro horum recte institutus est. Ex priori non est, quia priore capite institui tantum potest, qui suus nascetur, hic nepos vivo patre nascitur, ergo non suus. Ex posteriore non potest: nam eo capite non potest alius non rumpere, quam qui natus est, cum instituitur; hic nondum natus erat: ergo neutro capite institui potest, quare nec simpliciter; rumpeturque testamentum. Obiicitur: at hic ante institutus est? Respondet Scævola tacite: non pertinet ad rem quod institutus est, nam ut non rumpat, præcedere debet ut utiliter sit institutus, quod hic non potuit. Scævola ita † respondet de senten- 3
tia Iuliani. Hic nepos ex alterutro capite legis Velleiæ separatim institui non potest, sed commixtis capitibus recte instituetur. Commiscebuntur capita, ut quod uni deest, ex altero suppleatur, sic quasi tertium efficiatur. Prius caput ad eos pertinet, qui postea nascentur; & hic nepos postea natus est; hac ergo parte ad prius caput pertinebit. Posterius pertinet ad eos, qui vivo patre nati, post in locum eius successerunt: hic nepos idem fecit. Ergo hac parte ad secundum caput pertinebit, ut hoc caput efficiatur: Institui posse qui post nascentur nepotes, & mortuo patre suo in locum eius succedent.

Nec

Nec posteriore.] In aliis exemplaribus, *nec posteriori alii*: item *aliis*, legendum apparet, *nec posteriore aliis succedendo videtur rumpere*.

4 *Posteriore capite.*] Sensus, † lex Velleia posteriore capite non permittit institui iam natos, quia necesse non fuit: ante enim institui poterant, cum nihil tale prohiberet; sed vetat rumpi, idest, vetat testamentum rumpi ab his nepotibus, qui antea instituti in locum parentum suorum successerunt; & vetat ne ob eam caussam minus ratum sit quod agitur, vel testamentum, quod nepos succedit in sui parentis decedentis locum, id ieciree lex vetat: quia id futurum erat, nisi vetaret: non enim videtur institutus, qui tanquam extraneus institutus, postea suus heres esse coepit, quasi novus heres esse coeperit.

5 *Vers. Quaeremus.*] Sententia † est Scaevolae. Nepos qui vivo patre natus est, sive ante testamentum natus est, sive post, ex Iuliani sententia. Si institutus sit & emancipetur ab avo, non erit necessarius heres, sed sua sponte hereditatem adire poterit. Cur hoc additur? videtur nobis Scaevola hic verbis interpretari verba posterioris capitis; *in locum suorum heredum, sui heredes succedunto*. His enim efficitur, quoties filius suus esse definit, nepotem locum eius occupare, ex quo intelligitur, eundem nepotem necessarium heredem esse, & ideo heredem fieri vel invitum, non sua voluntate §. *sed sui, de Her. ab intest.* Hinc commode quaeritur, cum verba legis haec sint: quid si nepos interim emancipetur, an nepos ex verbis legis suus heres succedet & invitus existet? ait Scaevola, verba legis hanc sententiam non habere, & in specie proposita nepotem suum heredem non futurum, sed sua voluntate hereditatem aditurum, quia emancipatione suus fieri non potest, idest, propter emancipationem, & quia suus non est, ne necessarius quidem erit, §. *pen. & ult. de Hered qualit.* Summa: quod lex dicit, *si filius suus esse desierit, liberos eius in locum eius succedere*, tanquam suos heredes: hoc *tanquam suos*, sic accipi debet; nisi antea liberi emancipati fuerint; emancipatio, ne sui efficiantur, impediet.

Quoniam nepotes instituere aut exheredare necesse est, constitutum est ut possent institui, quamvis posse non putabantur, eum alieni postumi viderentur. Effectum hoc est auctoritate Galli, & lege Velleia: Gallus de postumis cavit: lex Velleia de his, qui vivis nobis nascuntur. Utroque inductum est ita institui licere, si sui nascerentur, idest, si parentes eorum sui esse desiissent vivo avo: ex qua conditione intelligitur non alios quam suos postumos institui posse etiam ex sententia Galli & lege Velleia. At nunc Iustiniani † constitutione omnis iste labor 6 sublatus est, *Tit. instit. de bonor. possession.* Ea constitutione effectum est, ut non modo nepotes, qui sui nascentur, institui possint, sed etiam qui vivo patre nascentur, & quorum pater mortuo avo vivit.

Interim relinquitur liberos omnes non solum filios, sed etiam nepotes institui aut exheredari oportere, hac tamen conditione, si sui erunt, idest, si erunt in potestate morientis, & primum gradum tenebunt: quod si in potestate non sint, iure civili licuit hos impune praeterire. *L. antepen. L. in suis, h. tit.* At multi liberi sunt qui non sunt in potestate testatoris, ut emancipati. §. *praeterea, quib. mod. ius patr. potest.* Item qui ex emancipatis concepti sunt §. *postumo de legat.* Postremo liberi in matris potestate non sunt, nec in eorum potestate, qui per matrem ascendunt: restat ergo de his quoque dicendum. De his sic † ius est. Non 7 minus reliqui liberi qui in potestate non sunt, instituendi aut exheredandi sunt: his praeteritis inutile fiet testamentum; sed dissimiliter. Emancipatis † praeteritis, te- 8 stamentum iure civili valet, sed iure praetorio his datur bonorum possessio contra Tabulas §. *emancipatos, de Exheredat. liber.* Bonorum possessione petita eodem modo res ad caussam intestati redigitur. *L. non putavit*, §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* Utrum ipso iure testamentum non valeat, an bonorum possessione petita rescindatur, hoc interest: quod fieri potest ut bonorum possessio non petatur, vel quod non possit. vel quod nolit filius. His autem exheredatis eadem querela inofficiosi datur, quae suis heredibus: bonorum possessio non datur *L. non putavit, in princ. L. si post*, §. *exheredatum, de bonor. possess. contr. tab.* Quod attinet † 9 ad liberos qui a matre praeteriti sunt, exitus hic est, ut sive exheredati sint, sive in totum praeteriti, testamentum iure civili valeat, nec edicto Praetoris infirmetur: quoniam Praetor bonorum possessionem dedit his solum, qui sui essent, si in potestate mansissent, *L. illud*, §. *1. de bonor. possession. contr. tabul.* Sed ut si exheredati essent a patre: ita his querela inofficiosi dabitur, cum generaliter liberis detur, *Titul. de inoff. testam. L. 1. 2. 3. de Inoffic.* Sed haec † res in quae- 10 stio-

stionem vocatur propter constitutionem novam Iustiniani. *Authent.* 115. §. *ad hæc aliud*, §. *sive igitur*. ubi dicitur omnes liberos ex æquo instituendos aut exheredandos: si contra factum erit, testamentum rescinditur: quibus verbis omnes liberi eodem iure habentur, idest, & sui & emancipati. Ex quo colligitur, si suis præteritis testamentum inutile est, inutile fore, emancipatis præteritis. Respondeo. Constitutio Iustiniani sententiam superiorem mutare non debet. Nam omnia dicimus ei constitutioni convenientia. Iustinianus id solum cavit, ne præteritio patris aut exheredatio liberis noceret. §. *sive igitur*. At filius bonorum possessionem petendo nullum præiudicium patitur. Præterea etiam Iustinianus testamentum rescindi vult ex æquo: & hoc fit bonorum possessione contra Tabulas petita. Summa: dummodo liberis non noceatur præteritione parentis, Iustinianum nihil curasse, quo modo testamentum rescinderetur; quare hoc ex vetere iure sumendum est. *Viglius in pr. tit. de inoff.*
11 *test.* Summa † totius iuris de liberis. De liberis quærimus instituendis aut exheredandis. Ius de omnibus unum est: qui modo primo gradu erunt, hos institui aut exheredari debere; si præteriti sint, aut sine caussa exheredati, testamentum inutile erit, aut post efficietur. Sed hæc distinctio est: Si sui præteriti sunt, testamentum iam statim a principio inutile est; si emancipati præteriti sunt: iure civili valet testamentum, sed bonorum possessio contra tabulas eis datur, qua idem consequuntur; Si horum utrique exheredati erunt, una querela subsidio iis relinquitur, in qua vincunt, sive caussa exheredationis a Iustiniano comprehensa non fuerit, sive adscripta non erit, sive ab heredibus scriptis non probabitur. Quod si liberi fuerunt, qui nec sui fuerunt, nec in potestate esse possunt: eodem iure tunc est præteritio patris & exheredatio. Itaque liberis querela de inofficioso datur. Sed quæcunque iure erunt, idem consequentur; hoc intererit, quod cum ab initio testamentum inutile est, nunquam scriptis heredibus locus esse potest. Cum autem a principio valet, sæpe contingere hoc potest, quia liberi non semper suis
remediis utuntur. Post liberos † cura esse 12
debet parentum. Itaque parentibus præteritis testamentum valet, sed iis eadem querela dabitur, quæ liberis. *L.* 1. 2. 3. *de inoff. t. Inst. de inoff. test.* In hac querela vincent parentes, si aut caussa non fuerit exheredationis, ex his quas Iustinianus complexus est, aut adscripta non erit, aut non probabitur ab herede, *d. Nov.* 115. §. *ad hæc quoque*. §. *Sed hæc ita*. Si nec liberi nec parentes erunt: testator impune cæteros cognatos negligit, præterquam si fratres erunt, & turpes personæ erunt institutæ. Hoc enim casu querela inofficiosi fratribus datur §. 1. *de inoffic. L. fratres. C. de inoffic.* In omnibus hoc notandum. Ex caussa præteritionis aut exheredationis rescissum testamentum, ad institutiones tantum non valere, cætera quæ relicta sunt, valere. *Authent. ex caussa. C. de lib. præt.*

F I N I S.